Das Gemeindenutzungsrecht
(sog. Gemeindenutzen)
in Kurhessen.

✣

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg a. d. Lahn

vorgelegt von

Heinz Oeding
Rechtsanwalt
aus Wanfried a. d. Werra.

Marburg 1937

Gedruckt in der Dissertationsdruckerei von Robert Kleinert in Quakenbrück.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 25. April 1936.

Berichterstatter: Professor Dr. Walther Merk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken
meiner Großmutter
Bernhardine Rexrodt, geb. Rexrodt
† 30. Dezember 1936

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554427_0093

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Schrifttumsverzeichnis. XI

Abkürzungen. XV

1. Teil:

Die geschichtliche Entwicklung des Gemeindenutzungsrechts (Gemeindenutzens).

§ 1. Allgemeines. Von der Markgenossenschaft zur politischen Gemeinde. 1

§ 2. Uebersicht über die geschichtliche Entwicklung des Eigentums — und des Nutzungsrechts an der gemeinen Mark. Gegenstand der Arbeit in räumlicher Hinsicht. 16

§ 3. Der Streit zwischen den Nutzungsberechtigten und der politischen Gemeinde um das Eigentumsrecht an der gemeinen Mark nach Erlaß der Gemeindeordnung von 1834 18

2. Teil:

I. Die Rechtsnatur des Verbandes der Nutzungsberechtigten.

II. Begriff und Rechtsnatur des Gemeindenutzungsrechts.

I. § 4. Die Rechtsnatur des Verbandes der Nutzungsberechtigten. 23

II. § 5. Begriff des Gemeindenutzungsrechts. 29

§ 6. Entstehung und Untergang des Gemeindenutzungsrechts. Die Zugehörigkeit der Berechtigung zum bürgerlichen oder öffentlichen Recht. 31

A. Entstehung und Untergang des öffentlich-rechtlichen Gemeindenutzungsrechts. 31

B. Entstehung und Untergang des bürgerlich-rechtlichen Gemeindenutzungsrechts. 36

C. Aeußere Merkmale für die öffentlich-rechtliche oder bürgerlichrechtliche Natur der Berechtigung. . . 42

§ 7. Insbesondere: Die Rechtsnatur des selbständigen bürgerlich-rechtlichen Gemeindenutzungsrechts. . . 44

Seite

3. Teil:
Die Behandlung des Gemeindenutzungsrechts im Grundbuch.

Vorbemerkung: Keine Eintragung des öffentlich-rechtlichen Gemeindenutzungsrechts. 53

I. Die Eintragungen in dem Grundbuch des Eigentümers. . 53

Vorbemerkung: Die Buchungspflichtigkeit der Grundstücke. . 53

§ 8. Die Eintragung des Eigentümers. 54

A. Allgemeine Grundsätze. . . . . .

B. Die Eintragung bei Eigentum der politischen Gemeinde. . . . . .

C. Die Eintragung bei Eigentum der Nutzungsberechtigten . . . . . .

a) Die Feststellung der Rechtsnatur des Verbandes der Nutzungsberechtigten. . . . . .

b) Die Eintragung der Berechtigten. . . . .

D. Die Eintragung des Nachweises des Eigentums. .

§ 9. Die Eintragung des Nutzungsrechts. 57

II. Die Eintragungen in dem Grundbuch der Berechtigten. . 58

§ 10. Die Eintragung des Eigentumsanteils. 58

§ 11. Die Eintragung des unselbständigen Gemeindenutzungsrechts. 59

§ 12. Die Eintragung des selbständigen Gemeindenutzungsrechts. 59

4. Teil:
Der Rechtsschutz des Gemeindenutzungsrechts.

§ 13. Geschichtliche Vorbemerkung. — Die Zulässigkeit des Rechtswegs oder des Verwaltungsstreitverfahrens. . 60

§ 14. Der Rechtsschutz des öffentlich-rechtlichen Gemeindenutzungsrechts. 62

§ 15. Der Rechtsschutz des bürgerlich-rechtlichen Gemeindenutzungsrechts. 64

Schrifttumsverzeichnis[1].

1. Gedruckte Werke.

A. Werke allgemeinen Inhalts und über kurhessische Verhältnisse.

Achilles, Albrecht: Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht, 4. Aufl., bearbeitet von Otto Strecker, Berlin, 1894.

Anlagen zu den stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten, 4. Session, 18. Legislaturperiode, 1896—1897, 2. Band, Berlin, 1897.

Antoni, G.: Landgemeindeordnung für die Provinz Hessen-Nassau, 3. Aufl., Marburg, 1905.

Antoni, G.: Städteordnung für die Provinz Hessen-Nassau, 2. Aufl., Marburg, 1908.

Bähr, Otto: Der hessische Gemeindenutzen, kurh. M. 2 (1891), S. 259 ff.

Bähr, Otto: Der hessische Wald, Cassel, 1879.

v. Boxberger, Hermann: Die grundbuchmäßige Behandlung des Gemeindenutzens, kurh. M. 1 (1890), S. 276 ff.

Brandt: Gemeindenutzen und Grundbuch, kurh. M. 3 (1894), S. 120 ff.

v. Brauchitsch, M.: Die neuen preußischen Verwaltungsgesetze. Ergänzungsband für Hessen-Nassau. 2. Aufl., von C. Mauve, Berlin, 1911.

Crusen, Müller u. Hobrecht: Das preußische Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin, 1900.

Damaschke, Adolf: Die Bodenreform, 20. Aufl., Jena, 1923.

Dernburg, Heinrich: Pandekten, 1. Band, 3. Aufl, Berlin, 1892.

Dernburg, H., und Hinrichs, F.: Das deutsche Hypothekenrecht, 1. Abt., Leipzig, 1877.

Dernburg, Heinrich: Preußisches Privatrecht, 1. Band, Halle, 1874.

Duncker, Ludwig: Das Gesammteigenthum, Marburg, 1843.

Enneccerus — Kipp — Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Band, 1. Abtl. Allgemeiner Teil von Ludwig Enneccerus, 22. bis 24. Aufl. Marburg, 1924.

Förster, Franz: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, 5. Aufl., bearbeitet von M. E. Eccius, 3. Band, Berlin, 1887.

Förster, Franz: Preußisches Privatrecht, 6. Aufl., bearbeitet von M. E. Eccius, 1. u. 3. Band, Berlin, 1892.

Fuhrberg: Die Behandlung des Gemeindegliedervermögens, der sog. selbständigen Gerechtigkeiten im Umlegungsverfahren, Z. f. Agr. und W.R. 15, S. 201 f.

Gebhardt, Hermann: Klagerecht oder Klagepflicht der Mitglieder einer sog. „Realgemeinde", Z. f. Agr. u. W.R. 17 (1932), S. 289.

---

[1]) Angaben über (älteres) Schrifttum bei Grimm, S. IV, insbesondere über die Rechtsprechung in dem Handbuch von Theobald, Art. Gemeindenutzen (S. 114 f.).

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, Band 1, Allgemeiner Teil und Personenrecht, München, 1895, Band 2, Sachenrecht, München, 1905. (Angeführt: Gierke, Pr.R.)

Gierke, Otto: Das deutsche Genossenschaftsrecht, Band 1, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Berlin, 1868; Band 2, Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs, Berlin, 1873. (Angeführt: Gierke, Gen. R.)

Gierke, Otto: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin, 1887. (Angeführt: Gierke, Theorie.)

Grimm, Karl: Die Rechtsverhältnisse des Gemeindenutzens in Ober-Hessen, Marburg, 1870.

Güthes Grundbuchordnung für das deutsche Reich, 5. Aufl., von Franz Triebel, Berlin, 1929.

Habicht, Hermann: Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, Jena, 1901.

Haff, Karl: Institutionen des deutschen Privatrechts, Band 1, Stuttgart, 1927. (Angeführt: Haff, Pr. R.)

Haff, Karl: Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts, Zürich, 1918. (Angeführt: Haff, Persönlichkeitslehre.)

Handbuch zur Kenntniß der Hessen-Casselischen Landes-Verfassung und Rechte, IV. Teil von Wittich, Cassel 1800. (Angeführt: Handbuch.)

Handbuch des im Bezirk des früheren Kurfürstenthums Hessen geltenden Zivilrechts in alphabetischer Ordnung, 2. Auflage. Unter Mitwirkung von Carl Hofmann und Ulrich Fritze, bearbeitet von Maximilian Theobald. Cassel, 1888.

Heusler, Andreas: Institutionen des deutschen Privatrechts, 1. Band, Leipzig, 1885.

Hübner, Rudolf: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 4. Auflage, Leipzig 1922.

Kluckhuhn, Gerhard: Das Recht der Wirtschaftswege und sonstigen landwirtschaftlichen Zweckgrundstücke, Berlin, 1904.

Landau, Georg: Die Territorien in Bezug auf ihre Bildung und Entwicklung, Gotha, 1854.

v. Loewenstein: Gemeindegliederklassenvermögen, Pr. VBl. 47 (1926), S. 144.

Mahraun, H.: Die Gemeinheitsteilungsordnung für den Regierungsbezirk Cassel, Marburg, 1899.

Meisner, Christian, und Stern, Heinrich: Das in Preußen geltende Nachbarrecht, München, 1927.

Merk, Walther: Das Eigentum im Wandel der Zeiten (in: Schriften zur politischen Bildung, 2. Reihe, 5. Heft), Langensalza 1934.

Platner, Viktor: Sachenrecht mit besonderer Rücksicht auf das Kurfürstentum Hessen, Marburg, 1875.

Rintelen, F.: Die Rechtsprechung zu den preußischen Gesetzen über Gemeinheitsteilungen, Berlin, 1906.

Roth, Paul, und von Meibom, Victor: Kurhessisches Privatrecht, Marburg, 1858.

Sehling, Emil: Die Rechtsverhältnisse an den der Verfügung des Grundeigentümers nicht entzogenen Mineralien, Leipzig, 1904.

J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz.
I. Band, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., erläutert von Loewenfeld und Riezler, München, 1925.
III. Band, Sachenrecht, 9. Aufl., erläutert von Kober, München, 1926.
VI. Band, 1. Teil, Einführungsgesetz, 9. Aufl., erläutert von Keidel, München, 1929.

Sternberg, Karl: Hessische Rechtsgewohnheiten, 1. Heft: Der oberhessische Gemeindenutzen, Frankfurt/Main, 1842.

Stobbe, Otto: Handbuch des deutschen Privatrechts, 1. Band, 3. Aufl. Berlin, 1893.

Stranz u. Gerhard: Das preußische Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin, 1900.

Strippel, Karl: Die Währschafts- und Hypothekenbücher Kurhessens, zugleich ein Beitrag zur Rechtsgeschichte des Katasters, Marburg, 1914. (Angeführt: Strippel, ohne Zusatz.)

Strippel, Karl: Die Küsterlehrerstelle bei der Auseinandersetzung ihres Vermögens, Remscheid, 1927. (Angeführt: Strippel, Küsterlehrerstelle.)

Surén, Friedrich, und Loschelder, Wilhelm: Die deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935, Kommentar nebst Ergänzungsband, Berlin, 1935.

Theobald, Maximilian: Die Gesetze über das Grundbuchwesen im Bezirk des vormaligen Appellationsgerichts zu Cassel, 2. Aufl., Cassel, 1891.

Thomas, Eugen: Sistem aller fuldischen Privatrechte, 1. Band, Fulda, 1788.

Varrentrapp, Franz: Rechtsgeschichte und Recht der gemeinen Marken in Hessen, Teil 1: Die hessische Markgenossenschaft des späteren Mittelalters, Marburg, 1909.

Weiske, Julius: Ueber Gemeindegüter und deren Benutzung, Leipzig, 1849.

Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Band, 8. Aufl., von Theodor Kipp, Frankfurt/Main, 1900.

B. Arbeiten über außerkurhessische Verhältnisse.

Bergdolt, Wilhelm: Badische Allmenden. Eine rechts- und wirtschaftsgeschichtliche Untersuchung, Heidelberg, 1926.

Elhardt, Georg: Das Recht der Alpwirtschaft im bayrischen Allgäu (Jenaer Dissertation 1934).

Lange: Die Veräußerlichkeit der Realgemeindeberechtigungen nach dem Reichserbhofgesetz, J.W. 1933, S. 2376.

Merk, Walther: Badisches Gemarkungsrecht mit besonderer Berücksichtigung der Eingemeindungen, Karlsruhe, 1918.

Plett, Emil: Zur Rechtsgeschichte des Spätlandes auf Osterlandföhr und der am Spätland bestehenden Interessentschaften (10. Heft im Archiv für Beiträge zum deutschen, schweizerischen und skandinavischen Privatrechte, Leipzig, 1931).

Ramsauer: Die Marknutzungsrechte und ihre Veräußerlichkeit, Archiv für zivilistische Praxis 110, 94 ff.

Renaud: Die Gemeindenutzungen, insbesondere die Realgemeinderechte, in ihrer geschichtlichen Entwicklung und ihrer rechtlichen Natur betrachtet, mit vorzüglicher Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse. In: Ztschr. für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, 9 (1845), S. 1 ff.

Schwabacher, Wilhelm: Zur Natur der selbständigen Gerechtigkeiten, eine Studie auf Grund württembergischer Verhältnisse, Stuttgart 1913.

C. Gesetz- und Entscheidungssammlungen, Zeitschriften.

Annalen der Justiz und Verwaltung im Bezirke des Oberappellationsgerichts (Oberlandesgerichts) und der Regierung zu Cassel, herausgegeben von O. L. Heuser, 28 Bände, Cassel 1854—1885.

Archiv für zivilistische Praxis, Band 1 ff., seit 1829.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot, 73 Bände, Berlin 1873—1933.

Bemerkenswerthe Rechtsfälle, Entscheidungen und andere Mitteilungen aus der kurhessischen Rechtspflege, herausgegeben von Obergerichtsanwalt Henkel, 1. Band, 1838—1840.

Deutsche Justiz, Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege, seit 1933.

Entscheidungen des königlichen Obertribunals, 83 Bände, Berlin 1837—1879.

Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts, Band 1 ff., seit 1877.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 1 ff., seit 1880.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 53 Bände, 1881—1922.

Juristische Wochenschrift, Band 1 ff., seit 1872.

Mitteilungen aus der Rechtspflege im Gebiete des vormaligen Kurfürstenthums Hessen, begründet von Vierhaus und Theobald, Band 1—4, Cassel, 1890—1896.

Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Cassel. Herausgegeben von F. G. L. Strippelmann, Th. 1—8, Cassel, 1842—1845.

Neue Sammlung der Landesordnungen, Ausschreiben und anderer allgemeiner Verfügungen bis 1806, Band 1—4, Cassel, 1828—1839[2]).

Preußische Gesetzsammlung seit 1810.

Preußisches Verwaltungsblatt, Band 1 ff., Berlin, 1879/80—1927 (seitdem Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt).

Reichsgesetzblatt.

Sammlung fürstlich-hessischer Landesordnungen und Ausschreiben, Band 1—8, Cassel, 1787—1816 (sog. ältere Sammlung)[3]).

Sammlung von Gesetzen, Verordnungen, Ausschreiben und anderer allgemeiner Verfügungen für Kurhessen, 17 Bände, Cassel, 1813—1866.

J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Band 1 ff., seit 1847.

Zeitschrift für Agrar- und Wasserrecht, herausgegeben vom preußischen Landwirtschaftsministerium, Berlin, seit 1921.

Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, herausgegeben von Beseler, Reyscher und Wilda, 20 Bände, Tübingen, 1839—1861.

Zeitschrift für die Landeskulturgesetzgebung der preußischen Staaten, 40 Bände, Berlin, 1847—1918.

2. Aktenstücke.

1. Akten des Landgerichts in Kassel, betr. den Rechtsstreit Zimmermann & Gen. ./. Gemeinde Kammerbach, 7 O. 168/12 (1 U 93/14, V 1/16)[4]).

2. Akten des Landgerichts in Kassel, betr. den Rechtsstreit Gemeinde Kleinenglis ./. Waldinteressenten von Kleinenglis, 2 O. 147/20 (3 U 243/24, V 53/25)[4])

3. Aktensammlung des Oberlandesgerichts in Kassel, enthaltend Gutachten der Landgerichte in Cassel, Marburg und Hanau und einer Reihe von Amtsgerichten aus den Jahren 1891/92, betr. die Behandlung des Gemeindenutzens im Grundbuch[5]) (Angeführt: Gutachtenband).

---

[2]) Vgl. hierüber Roth-Meibom, S. 67 f.
[3]) Vgl. hierüber Roth-Meibom, S. 67 f.
[4]) Die Aktenzeichen in den Klammern sind die Aktenzeichen des Oberlandesgerichts Kassel und des Reichsgerichts.
[5]) Vgl. hierzu unten S. 60.

Abkürzungen.

a. F. = alter Fassung.

AGBGB. = preußisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 20. September 1899.

AGGBO. = preußisches Ausführungsgesetz zur Grundbuchordnung vom 26. September 1899.

ALR. = Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 5. Februar 1794.

AV. = Allgemeine Verfügung zur Ausführung der Grundbuchordnung vom 20. November 1899 in der Fassung der AV. vom 19. November 1931, abgedruckt Just.Min.Bl. 1931, 373 ff.

ÄS. = Sammlung fürstlich-hessischer Landesordnungen und Ausschreiben (sog. ältere Sammlung).

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.

DGemO. = Deutsche Gemeindeordnung vom 15. Januar 1935.

DJ. = Deutsche Justiz.

EGBGB. = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

GBO. n. F. = Grundbuchordnung in der Fassung vom 5. August 1935.

GBO. a. F. = Grundbuchordnung vom 20. Mai 1898.

Gruch. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

GS. = Preußische Gesetzsammlung

Greb.Ordg. = Grebenordnung vom 6. September 1739.

Henkel = Bemerkenswerthe Rechtsfälle usw., herausgegeben vom Obergerichtsanwalt Henkel.

Heus. Ann. = Annalen der Justiz und Verwaltung, herausgegeben von O. L. Heuser.

Just.Min.Bl. = Justizministerialblatt.

JW. = Juristische Wochenschrift.

KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Kgl. Vdg. = Verordnung betr. das Grundbuchwesen vom 13. November 1899.

Kurh. Gem.O. = Gemeindeordnung vom 23. Oktober 1834.

Kurh. G.S. = Sammlung von Gesetzen usw. für Kurhessen.

Kurh. M. = Mitteilungen aus der Rechtspflege im Gebiete des vormaligen Kurfürstenthums Hessen.

LGO. = Landgemeindeordnung vom 4. August 1897.

n. F. = Neue Fassung.

N. S. = Neue Sammlung der Landesordnungen usw.

pr. = Preußisch.

pr. Gem.Fin.Ges. = Gesetz über die Haushalts- und Wirtschaftsführung der Gemeinden und Gemeindeverbände (Gemeindefinanzgesetz) vom 15. Dezember 1933.

Pr. VBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.

OLG. = Oberlandesgericht.

OTr. = Entscheidungen des Obertribunals.

OVG. = Pr. Oberverwaltungsgericht oder Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts.

RG. = Reichsgericht oder Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

RGBl. = Reichsgesetzblatt.

Seuff. A. = Seufferts Archiv für Entscheidungen.

StO. = Städteordnung vom 4. August 1897.

Str. = Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen, herausgegeben von Strippelmann.

Uebersicht = Uebersicht der historischen Entwicklung der Gemeinden usw. in der Provinz Hessen-Nassau (Anlage A der Begründung zu den Entwürfen einer Landgemeindeordnung und einer Städteordnung für die Provinz Hessen-Nassau, abgedruckt in den „Anlagen zu den stenographischen Berichten des Hauses der Abgeordneten").

ZPO. = Zivilprozeßordnung.

Ztschr. = Zeitschrift für die Landeskulturgesetzgebung usw.

Z. f. Agr. u. W.R. = Zeitschrift für Agrar- und Wasserrecht

Zust.Ges. = pr. Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883.

1. Teil:

Die geschichtliche Entwicklung des Gemeindenutzungsrechts (Gemeindenutzens).

§ 1.

Allgemeines. Von der Markgenossenschaft zur politischen Gemeinde.

Das Gemeindenutzungsrecht oder — wie das Recht meist bezeichnet wird — der Gemeindenutzen, hat sich aus dem Recht der Markgenossen an der unverteilt gebliebenen Mark entwickelt[1]). Seine Entstehung fällt also in die Zeit der ersten Besiedlung. Da die Besiedlung in Deutschland gleichartig war, ist die Entstehung des Gemeindenutzungsrechts keine Eigenart des kurhessischen Rechts- und Wirtschaftslebens, sondern eine allgemeine Erscheinung[2])[3])[4]).

Die Besiedlung von Grund und Boden erfolgte in unserm Gebiet nicht durch Einzelne, sondern durch Geschlechter und Stämme[5]). Die Deutschen siedelten in Dörfern oder in Einzelhöfen. Die Inhaber von Grund und Boden in einer oder mehreren Dorfschaften bildeten die Markgenossenschaft. Der mehrere Dorfschaften bildende größere Markverband zerfiel im Laufe der Zeit zumeist[6])[7]). Jede Dorfschaft bildete eine eigene Markgenossenschaft.

---

[1]) Vgl. Duncker, S. 182; Bähr, Kurh. Mitt. S. 259.

[2]) Allgemeines über die Rechtsverhältnisse am Gemeindegut in den einzelnen deutschen Staaten unter Berücksichtigung der damals neuen Gemeindegesetzgebung, bei Weiske, über Kurhessen insbesondere S. 69 ff. — Vgl. weiter das Schrifttumsverzeichnis S. XIII, davon Ramsauer über oldenburgisches, Lange über hannoversches Recht.

[3]) Duncker, S. 179 ff. widmet dem Gemeindenutzen ein besonderes Kapitel.

[4]) Deshalb erscheint es vielfach unbedenklich, rechtliche Grundsätze, die für außerkurhessische Verhältnisse entwickelt worden sind, zu verwenden (vgl. z. B. unten S. 43).

[5]) Vgl. zum Folgenden Gierke, Gen. R. I, 586 ff., Pr. R. I, 576 ff., Heusler, S. 262 ff., Landau, S. 75, Haff, Pr. R., S. 71 ff., über kurh. Verhältnisse insb. Grimm, S. 18; Varrentrapp, S. 17; Uebersicht S. 775; Brauchitsch, S. 57.

[6]) Märkerschaften, die mehrere Gemeinden umfassen, bestehen heute noch im Amtsgerichtsbezirk Felsberg, nämlich: 1. die von Alten- und Neuenbrunslar, Deute und Wolfershausen, 2. die von Felsberg, Gensungen, Helmshausen und Beuern, beide mit großem Waldbesitz. Vgl. unten S. 16, 28.

[7]) Vgl. Gierke, Gen.R. I, 81 ff., 586 ff., Pr.R. I, 581.

Die Mark zerfiel in drei Bestandteile, den inneren Dorfraum, die Feldmark und die gemeine Mark, auch Allmende, Almeningsmark, Almening, Gemeinde, gemeine Gebräuche genannt[8]). Sondereigentum des einzelnen Markgenossen hat sich am frühesten an dem inneren Dorfraum entwickelt, soweit er die Hofstätte bildete. Die Feldmark blieb zunächst noch Gesamteigentum, das unter den Genossen nach Losen verteilt wurde. Auch an der Feldmark hat sich im Laufe der Zeit Sondereigentum entwickelt. Allein die gemeine Mark blieb in der Benutzung aller Markgenossen[9]). Ihre hauptsächlichsten Bestandteile waren Wald, Weide und Wasser, Wege, Stege und Gründe. Der wichtigste Bestandteil der gemeinen Mark in unserm Gebiet waren Wald und Weiden[10])[10a]). — So hatte der einzelne Markgenosse das Recht, Nutz- und Brennholz aus dem Wald zu entnehmen, sein Vieh auf die gemeinsame Weide zu treiben[11]). Ein Streit über Inhalt und Umfang der Teilnahmebefugnis wurde in Anwendung des Rechtssatzes „Gemeiner Nutz geht vor sonderlichem Nutz" vermittelt oder entschieden[11a]). — Das Nutzungsrecht war wirtschaftlich die meist unentbehrliche Ergänzung des bäuerlichen Besitztums und galt deshalb als untrennbares Zubehör von Haus und Hof[12]). Die Hofstätte, der Feldanteil und der Gemeindenutzen[13]) bildeten in ihrer Zusammenfassung die bäuerliche Hufe.

Was die innere Verfassung der Markgenossenschaft betrifft[14]), so war Voraussetzung für die Eigenschaft eines Vollgenossen zunächst, daß man dem Verband durch Abstammung oder Aufnahme angehörte[15]), wirtschaftlich selbständig war (eigenen Rauch hatte) und seinen Wohnsitz in der Mark hatte[16]). Zu diesen persönlichen Voraussetzungen trat als dingliche Voraussetzung Grundbesitz in der Mark

---

[8]) Vgl. auch Merk, S. 15 f.; über die Art der Verteilung bei Siedlung in Einzelhöfen vgl. Gierke, Pr.R. I, 581. — Der Ausdruck „Allmende" ist in Hessen selten (Varrentrapp, S. 163 Anm. 11; vgl. Grimm, S. 4).

[9]) Vgl. auch Schwabacher, S. 8 f.

[10]) Grimm, S. 4; Varrentrapp, S. 163 f., 167. Unser Gebiet gehört zu den waldreichsten des pr. Staates (Bähr, Wald S. 1).

[10a]) Aber auch Nutzländereien, sog. Pflanzenörter, Dorfgärtchen, „Stitze", d. s. ursprünglich z. T. jährlich wechselnde Plätzchen, wo die zur Besetzung der Aecker nötigen Kraut- und anderen Pflanzen im Frühjahr gezogen und die dann anderweit benutzt werden (nach Angaben des Amtsgerichts, Abteilung 8 in Kassel, S. 38 f. seines Gutachtens, und des Amtsgerichts, Abteilung 10 in Kassel, S. 2 R. seines Gutachtens).

[11]) Näheres über die Befugnisse der Einzelnen bei Varrentrapp, S. 167.

[11a]) Hier liegt wohl sogar das ursprüngliche Anwendungsgebiet des alten deutschen Rechtssatzes „Gemeinnutz geht vor Eigennutz".

[12]) So Gierke, Pr.R. I, 580; vgl. Gen.R. II, 308 ff.; Renaud, S. 47, Ztschr. 16, 63 (abgedruckt bei Rintelen, S. 12 f.). Vgl. aber auch Duncker, S. 169, 184, wo freie Veräußerlichkeit der Berechtigung schon für die erste Hälfte des 14. Jahrhunderts nachgewiesen wird.

[13]) Andere Bezeichnungen hierfür: Einwartsgerechtigkeit, Einwart, Nachbarrecht, Gemeindsnutzen; vgl. Sternberg, S. 10, Grimm S. 4, Boxberger S. 278.

[14]) Ueber Verfassung und Verwaltung der Markgenossenschaft vgl. auch Gierke, Pr.R. I 583 ff.

[15]) Vgl. Gierke, Gen.R. I 593, Pr.R. I, 584, Varrentrapp S. 177 ff.

[16]) Vgl. Gierke, Gen.R. I 594, Varrentrapp S. 183.

hinzu[17]). Alle diese Voraussetzungen mußten erfüllt sein, wenn der Genosse Teilnahme an den gemeinen Gebräuchen verlangte. — Wer in der Mark wohnte, ohne in ihr begütert zu sein, oder Grundbesitz von zu kleinem Umfang hatte, gehörte zwar zur Genossenschaft, aber nur als Passivbürger oder Schutzgenosse. Ihm fehlte das Recht zur Teilnahme an den gemeinen Gebräuchen[18]). Außer diesen Schutzgenossen gab es noch Halbgenossen, d. s. alle, die weniger Grundbesitz als das Mindestmaß der Vollhufe haben. Sie hatten geringere nutzbare Rechte als die Volksgenossen[19])[19a]).

Die Markgenossenschaft ist eine genossenschaftliche Vereinigung der Land- und Hofbesitzer zur Nutzung der gemeinen Mark[20]). Sie bildet also ein vorwiegend privatrechtliches Verhältnis[21]). Es ist aber wahrscheinlich, daß gewisse öffentlich-rechtliche Beziehungen von jeher bestanden, jedenfalls sich im Laufe der Zeit entwickelt haben. Die Dorfmarkgenossenschaft wurde so auch die „unterste Abteilung des Staates für Gerichts- und Heereswesen", die den „doppelten Beruf eines örtlichen Gemeinwesens und einer ländlichen Wirtschaftsgenossenschaft zu erfüllen hatte"[22]). Die Berechtigung zur Teilnahme an der öffentlichen Gewalt in der Mark stand nur den an der gemeinen Mark vollberechtigten Genossen zu. Die Berechtigung des Genossen enthielt sonach sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Züge, sie war, wie Gierke sich ausdrückt[23]), ein „gemischtes, doppeltgeartetes Recht".

In allen Teilen Deutschlands hat die Markgenossenschaft während des Mittelalters zahlreiche innere und äußere Wandlungen durchgemacht[24]). In der nachfränkischen Zeit wurden die freien Markgenossenschaften teilweise dem Herrschaftsverband der sich entwickelnden Großgrundherrschaften eingegliedert. Aus der freien wurde die grundherrliche Markgemeinde[25]). Vor allem aber entstanden zahlreiche grundherrliche Markgemeinden. Teilweise schon im 12., dann aber im 13. und 14. Jahrhundert haben sich in unserm Gebiet eine Reihe von Städten gebildet. Als „Stadt" bezeichnete man zunächst eine ummauert und befestigt bewohnte Stätte[26]). Diese Entwick-

---

[17]) Vgl. Gierke, Gen.R. I 594 f., Varrentrapp S. 184 ff.
[18]) Vgl. Gierke, Gen.R. I, 595, Varrentrapp, S. 188, 203.
[19]) Vgl. Gierke, Gen.R. I 603 f., Varrentrapp, S. 191.
[19a]) Früher oder später waren häufig mit dem Nutzungsrecht zahlreiche nutzbare Befugnisse verbunden, so z. B. die Fischereigerechtigkeit, insbesondere aber das Recht auf Benutzung des öffentlichen Brauhauses zum Brauen in einer bestimmten Reihenfolge (sog. Reihebrauen), das mit einem Bannrecht verbunden war (vgl. ÄS. 4, S. 376; Handbuch, S. 382; auch Str. 3, 2. Abt., S. 183 ff., Henkel 1, 439).
[20]) Vgl. Haff, Persönlichkeitslehre, S. 143.
[21]) Vgl. Seuff. A. 49 Nr. 3.
[22]) Vgl. Gierke, Pr.R. I, 577; Gen.R. I 586, 589, Haff, Pr. R. S. 72 f., Varrentrapp, S. 72, 75. Nach Heusler, S. 266 f., hat die Markgenossenschaft „rein privatrechtliche Existenz". Zu diesem Streit Stellung zu nehmen, ist hier nicht der Ort.
[23]) Gen.R. I, 593.
[24]) Allgemeines bei Gierke, Gen R. I, 657 ff.
[25]) Vgl. Gierke, Pr.R. I, 582.
[26]) Vgl. Gierke, Gen.R. II, 573 ff., bes. 574.

lung mag im Anfang die innere Verfassung der Markgenossenschaft nicht geändert haben. Die Stadtgemeinde bildete die Markgenossenschaft, die Bürger der Stadt waren die Markberechtigten[27]). — Im Laufe der Zeit verband man mit dem Wort „Stadt" aber nicht mehr bloß die Vorstellung einer äußerlich besonders qualifizierten Stätte, sondern einer juristisch besonders vereigenschafteten, räumlich-dinglichen Einheit, welcher ein Stadtfrieden, ein Stadtrecht und ein Stadtgericht entsprach[28]). Die Markgemeinde ging in den Städten in ein rein politisches Gemeinwesen auf[29]). Die Stadt entwickelte sich zur öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Die Mitgliedschaft in der Stadtgemeinde löste sich von jeder Beziehung zu Grund und Boden. Das Vermögen der alten Markgemeinde ist teils in einer besonderen Genossenschaft erhalten geblieben, teils in städtisches Vermögen umgewandelt worden.

In den Landgemeinden hat sich dagegen die alte Verfassung, wenn auch mit erheblichen Veränderungen, bis weit über das Mittelalter, in Kurhessen bis zum Erlaß der Gemeindeordnung von 1834, erhalten[30]). Die Einflüsse, die auf die alte Markgenossenschaft wirkten, waren teils äußere, teils innere. Eine der äußeren Ursachen liegt in dem Erstarken der obrigkeitlichen Gewalt, die vielfach die Umwandlung der Marken in herrschaftliches Eigentum erstrebte[31]). „Es ist eine lange Trauergeschichte des deutschen Bauernstandes", sagt Damaschke[32]), „die von der Auflösung dieser Markgenossenschaft handelt, aus der nur die Bauernkriege durch ihren blutigen Schein der Allgemeinheit bekannt geworden sind". Die Markgemeinde wurde entweder vernichtet oder die Rechte der Markgenossen wurden in erheblichem Umfange beschränkt[33]). — In dieser Zeit entstanden in Kurhessen die Waldungen zu halbem Gebrauch, d. s. Waldungen, die im Alleineigentum oder Miteigentum des Staates stehen, an denen die Untertanen gewisse Nutzungsrechte haben[34]). — Soweit der Staat sich nicht das Eigentum an der gemeinen Mark aneignete, griff er durch eine immer stärkere Ausbildung der Forsthoheit in die Berechtigungen der Markgenossen ein[35]). Es entwickelte sich eine obrigkeitliche Forstpolizei und Forstverwaltung, durch die die Nutzungen geregelt und beschränkt wurden. Für unser Gebiet wurde die erste Forstordnung

---

27) Vgl. Haff, Pr.R. S. 75, Uebersicht S. 776.

28) So Gierke, Gen.R. II, 575.

29) Vgl. Gierke, Pr.R. I, 585 f., auch Haff, Persönlichkeitslehre, S. 143, Anmerkung 3.

30) Vgl. Gierke, Pr.R. I, 587.

31) Vgl. Gierke, Gen.R. I, 657 ff., dem im Folgenden gefolgt wird. Vgl. auch Haff, Pr.R. S. 73 f.

32) S. 199.

33) Vgl. Gierke, Gen.R. I, 660. Im Bauernkriege forderten die Bauern bekanntlich u. a. die Rückgabe der ihnen entzogenen Weiden und Holzmarken (Gierke, Gen.R. I, 635 f.).

34) Vgl. Gierke, Gen.R. I, 660. — Die Eigentumsverhältnisse sind jedoch streitig; vgl. Ztschr. 24, 166; 26, 365, Bähr, Wald S. 33 ff. Das Rechtsgebilde ist infolge der Ablösungsgesetzgebung heute beseitigt (vgl. § 6 Abs. 4 des Gesetzes vom 14. 3. 1881, unten S. 13, Rintelen S. V).

35) Vgl. Gierke, a.a.O., Sternberg, S. 45 ff., Grimm S. 9 ff.

im Jahre 1532 von Philipp dem Großmütigen erlassen. Sie regelt allerdings nur die Forstwirtschaft in den landesherrlichen Waldungen[36]). Die Forstordnungen, die in dem darauf folgenden Jahrhundert erlassen wurden (1629, 1659, 1682, 1694) regeln jedoch eingehend die Verwaltung und Nutzung der den „Dorfschaften und Gemeinen" gehörigen Waldungen.

Daneben führten zahlreiche innere Vorgänge eine Veränderung in der Verfassung der Markgemeinde herbei[37]). Wir befinden uns in der Zeit des 30jährigen Krieges, in welcher der Gemeinsinn und die Anteilnahme an den gemeinschaftlichen Angelegenheiten allgemein nachläßt. Dazu kam, daß die Mark infolge der ansteigenden Bevölkerungsziffer nicht mehr den Bedürfnissen, die an sie gestellt werden, zu genügen vermag. Die altangesessenen Markgenossen suchten Mittel und Wege, um die Ansiedlung Neuzuziehender zu verhindern. So führten sie die Erhebung von Einzuggeldern ein. Man ging sogar soweit, daß man die Zahl der Berechtigten für geschlossen erklärte. Es entsteht die Realgemeinde in ihren mannigfachen Erscheinungsformen[38]). Sie besteht aus den Besitzern einer bestimmten Anzahl von Höfen, mit denen das Gemeinderecht herkömmlich verbunden ist. Das Nutzungsrecht ist mit dem Besitz eines solchen Hofes zunächst noch untrennbar verbunden. Dadurch daß man Neusiedlern kein Nutzungsrecht zugestand, wurden die Rechte bestimmt fixierte. Die notwendige Folge hiervon war — wie Gierke sagt[39]) —, daß die Anteilsrechte immer mehr rein privatrechtlich behandelt wurden. Das Recht wurde schließlich, wenn auch häufig mit Beschränkungen, Gegenstand des Rechtsverkehrs, insbesondere selbständig veräußerlich und vererblich. Es wurde aus einem Zubehör eines Sachenrechts selbst ein Sachenrecht[40]). Es konnte mitunter auch an Auswärtige (sog. Ausmärker) veräußert werden[41]). Immerhin war auch weiterhin von Bedeutung, ob der Besitzer des Anteils in der Gemeinde eingesessen war oder nicht. Die Ausmärker erlangten mit dem Erwerb des Rechts keine Teilnahme an der politischen Gewalt[42]). — Infolge der freien Veräußerlichkeit des Nutzungsrechtes verlor, wie Renaud sagt[43]), die Realgemeinde ihren realen Charakter und entwickelte sich zur Nutzungs- oder Rechtsamegemeinde[44]). In dieser ist nicht mehr der Besitz einer Hofstätte, sondern der Besitz eines Anteils an der gemeinen Mark die Grundlage für die Zugehörigkeit zu der Ge-

[36]) Vgl. Sternberg S. 45 f., Duncker S. 188, Grimm S. 9, Bähr, Wald S. 10.
[37]) Allgemeines bei Gierke, Gen.R. I, 671 ff.
[38]) Vgl. Gierke, Gen.R. I, 673 ff., 600 ff.; insbes. 602; Schwabacher S. 70.
[39]) Gen.R. I, 673.
[40]) Vgl. Gierke, Gen.R. I, 604; II, 311. Die gleiche Entwicklung ist auch in anderen Rechtsgebieten festzustellen, vgl. Plett S. 39, Elhardt S. 109. Im Gebiete des hannoverschen Rechts ist die Trennbarkeit der Berechtigung grundsätzlich verneint worden (vgl. den Aufsatz von Lange, woselbst weiteres Schrifttum).
[41]) Vgl. Brandt, S. 124 Z. 29; Gierke, Gen.R. I, 604.
[42]) Vgl. Grimm, S. 19.
[43]) S. 49.
[44]) Vgl. Gierke, Gen.R. I, 673, 677, 604 f., Pr.R. I, 588; Sternberg, S. 6 104 f., Schwabacher, S. 70.

meinde[45]). — Diese Gestalt hat das Gemeindenutzungsrecht vor allem in Oberhessen genommen. Die Selbständigkeit des Nutzungsrechts ist hier in der Mitte des 18. Jahrhunderts eine rechtlich anerkannte Tatsache[46]). In anderen Gebieten Kurhessens ist die Entwicklung ganz verschiedenartig gewesen. Thomas erwähnt für das Gebiet des Fuldischen Rechts, daß der Gemeindenutzen bisweilen auch selbständig veräußert werden könne[47]). Für Niederhessen hat sich jedenfalls ein Rechtsgrundsatz, daß die Berechtigung im Zweifel Zubehör von Haus und Hof sei, nicht ausgebildet[48]). — Neben den Besitzern der altberechtigten Höfe bzw. den Inhabern der Anteile an der gemeinen Mark, den sogenannten Gemeindsmännern, auch Nachbarn genannt, standen die Beisitzer, in der ersten Zeit meist Hirten und Taglöhner[49]). Sie hatten keinen Anteil an der Nutzung und damit auch nicht an der öffentlichen Gewalt. Diese wurde allein von den Gemeindsmännern ausgeübt. Sie wählten aus ihrer Mitte den Schulzen oder Greben, den Dorfrechner und den Waldschützen[50]). Die Gemeindsmänner trugen auch allein die öffentlichen Lasten. Die Beisitzer zahlten das Beisitzergeld. Soweit ihnen — meist in späterer Zeit — die Benutzung der Weide zugestanden wurde, hatten sie das Viehbeitreibgeld zu zahlen. Für die Teilnahme an der Forstnutzung wurde von ihnen das Holzgeld erhoben[51]).

An diesen Verhältnissen hat die Verordnung vom 6. November 1739 für die Dienstführung der Greben, Dorfschulzen oder Eidgeschworenen usw. und anderen in der Gemeinde zur Aufsicht bestellten Leuten (N. S. 2, 65 ff.) — kurz Grebenordnung genannt — nichts geändert[52])[53]). Schon die Bezeichnung des Gesetzes läßt erkennen, daß die Grebenordnung kein Gemeindeverfassungsgesetz im Sinne der Gesetzgebung des 19. und 20. Jahrhunderts ist. Das Gesetz enthält überhaupt kein neues Recht, sondern ist „eine Art Institutionenheft der gültigen Gesetze über alle dem Untertanen auf dem Lande wissenswürdigen landesherrlichen Bestimmungen“[54]). Die Verfassung und Verwaltung der Gemeinde wird nur berührt, soweit wie es das Interesse des Landesherrn hieran erfordert. So regelt das Gesetz eingehend die Bestätigung des Greben durch den landesherrlichen Beamten, bezüglich seiner Wahl bestimmt es lediglich, daß hierzu nur

[45]) Vgl. Titel XII § 9 der Grebenordnung (vgl. unten), wonach das Obst unter die Untertanen nach Proportion ihrer Anteile am gemeinen Gebrauch geteilt werden soll.
[46]) Vgl. Grimm, S. 19, 31; auch Renaud, S. 48; Gierke, Gen.R. I, 677 f.
[47]) S. 218 Anm. 6.
[48]) Vgl. Heuf. Ann. 22, 394.
[49]) Der öffentlich-rechtliche Gegensatz zwischen den Dorfbewohnern in der Realgemeinde war jedoch nicht: Hausbesitzer = Gemeindsmann, Nicht-Hausbesitzer = Beisitzer, sondern Besitzer der alten ursprünglichen Häuser und der neuen, nachgebauten Häuser (vgl. Heuf. Ann. 14, 554 f.). Vgl. über die Stellung der Beisitzer zu den Gemeindsmännern weiter Heuf. Ann. 2, 561 ff., Thomas, S. 216 ff.
[50]) Vgl. Sternberg, S. 6, 9; Duncker, S. 180 f., Grimm, S. 19 f.
[51]) Vgl. Sternberg, S. 9; Brandt, S. 123 Z. 21.
[52]) Vgl. zum Folgenden Sternberg, S. 47 f., Grimm, S. 20 ff.
[53]) Einen Ueberblick über Verfassung und Verwaltung der Gemeinde zu dieser Zeit gibt Uebersicht, S. 774 f.
[54]) So Grimm, S. 20.

„angesessene Untertanen" gewählt werden sollen (Einleitende Bestimmungen § 4)[55]).

Die Scheidung der Einwohner der Gemeinde in Vollberechtigte und Minder- oder Nichtberechtigte ist bis in den Anfang des 19. Jahrhunderts festgehalten worden. Belege hierfür finden sich auch in Verordnungen und Verfügungen der Behörden, so z. B. in dem Extrakt-Generaldirektorial-Protokoll vom 24. Januar 1777, die „den Neuanbauenden in den Gemeinden zustehenden Gemeindsnutzungen betreffend"[56]). Danach hat ein Untertan oder Fremder, der sich in ein Dorf anbauen will, „an und vor sich" kein Recht an den Gemeinheiten, es sei denn, daß er ohne Schaden der Gemeinde daran partizipieren kann[57]).

Im Laufe der Zeit wurde die Stellung der Beisitzer in der Gemeinde aber eine andere. Während sie zahlenmäßig in der ersten Zeit gegenüber den Gemeindsmännern in der Minderzahl waren, wuchs ihre Zahl und damit ihre Bedeutung immer mehr[58]). An manchen Orten sind die Beisitzer auch nicht mehr nur Tagelöhner oder Angehörige ähnlicher sozialer Schichten, sondern recht wohlhabende Leute[59]). Der Gedanke, daß auch sie zur Gemeinde gehören, und daß diese eine die gesamten Ortseinwohner umfassende Verbindung darstelle, mußte sich so aufdrängen. Dieser Gedanke wurde verstärkt dadurch, daß die Beisitzer in steigendem Umfang zu den öffentlichen Lasten der Gemeinde herangezogen wurden[60]). Dazu kam, daß die Landeshoheit den Gemeinden Aufgaben zuwies, an denen sich notwendigerweise auch die Beisitzer beteiligen mußten. Es sei die Pflege des Schulwesens erwähnt. Die Nutzung der Gemeindeeinrichtungen, beispielsweise des Armenhauses, mußte auch den Beisitzern zugute kommen[61]). Es wurde allmählich als Unrecht empfunden, daß nicht auch ihnen, sondern nur der „Gemeindearistokratie" die wirtschaftlich wichtigen Nutzungen der gemeinen Gebräuche zukamen[62]).

„Die alte, einen einheitlichen Körper von Voll- und Schutzgenossen bildende Gemeindegenossenschaft zerfiel in zwei verschiedene Körper mit entgegengesetzten Interessen und Ansprüchen. War die Trennung zunächst eine mehr innere als äußere, so konnte doch ein Konflikt nicht ausbleiben. Denn die von dem Gemeinderegiment ausgeschlossene weitere Gemeinde mußte die Beherrschung durch die Altgemeinde umsomehr als ein unbegründetes Privileg empfinden, als dem höheren Recht nicht mehr in allen Beziehungen höhere Lasten entsprachen. Die Altgemeinde sah umgekehrt in ihren Vorzügen umsomehr wohlerworbenes Recht, als dieselben auf rein privatrechtliche

---

55) Ueber die Auslegung dieser Vorschrift vgl. Heus. Ann. 2, 562.
56) Abgedruckt als Anmerkung zur Greb.Ordg. N. S. 2, 148; auch bei Sternberg, S. 52 f.; Duncker, S. 188.
57) Vgl. auch das Dekret der Hanauer Regierung vom 30. 5. 1763 (Handbuch S. 375).
58) Vgl. Gierke, Gen.R. I, 673; Pr.R. I, 589 f.
59) Vgl. Sternberg, S. 61.
60) Vgl. Heus. Ann. 2, 561 f.; von den Vorschriften der Greb.Ordg. vgl. Artikel XXXI § 9 über die Hand- und gehenden Dienste.
61) Vgl. Gierke, Gen.R. I, 674; Schwabacher S. 71; Haff, Persönlichkeitslehre, S. 144.
62) Weiske, S. 14.

Titel gegründet, von den Eltern ererbt, mit Geld erkauft waren. Der Natur der Sache nach griff die weitere Gemeinde neben der politischen auch die privatrechtliche Seite des Genossenprivilegs an, weil sie dieselbe als bloße Dependenz eines politischen Rechts betrachtete, während die engere Gemeinde zugleich das ihr als bloße Dependenz eines reinen Privatrechts erscheinende politische Vorrecht festzuhalten strebt“[63]). — Unter diesen Umständen war es auf die Dauer unmöglich, den Beisitzern die Gemeindemitgliedschaft abzusprechen[64])[65]).

Was unser Gebiet im besonderen betrifft, so ist allenthalben die Zulassung der Beisitzer zu den Gemeindenutzungen festzustellen[66]). Wie anderwärts, mag auch in Kurhessen die Altgemeinde durch Vergleich oder Urteil genötigt worden sein, einige Stücke der gemeinen Mark an die weitere Gemeinde abzutreten. Schließlich mag auch in unserem Gebiet die Landeshoheit dahin gewirkt haben, daß die Nutzungen des Gemeindevermögens im Interesse der weiteren Gemeinde verwandt wurden[67]). Immer mehr pflegten auch aus den gemeinen Gebräuchen zunächst die Bedürfnisse der Gemeinde als solcher gedeckt zu werden. Wenn es die öffentlichen Bedürfnisse zuließen, wurde auch das neue Gemeindevermögen im Interesse der einzelnen Gemeindemitglieder verwandt oder von ihnen benutzt. Die Nutzungen wurden aber durch Gemeindebeschluß willkürlich bestimmt. Alle erhielten gleichen Anteil, der mit dem Wechsel der Zahl der Gemeindeglieder stieg oder fiel. Das Nutzungsrecht wurde nur noch als ein Ausfluß des politischen Bürgerrechts angesehen und behandelt. Wo die alten, wie gesagt, gleichzeitig öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Nutzungen sich dagegen erhalten haben, wurden sie, wie Gierke sagt[68]), nur noch als reine Privatrechte empfunden und immer schärfer als solche ausgebildet.

---

[63]) Mit diesen Worten schildert Gierke, Gen.R. I, 674, treffend das Verhältnis zwischen den Gemeindsmännern und den Beisitzern i. 18. Jahrhundert.

[64]) Gierke, Pr.R. I, 590.

[65]) Ein Anteil an den Erträgnissen des Gemeindevermögens ist von jeher auch mit dem Amt des Pfarrers und des Opfermanns und Küsters verbunden gewesen (vgl. Strippel, Küsterlehrerstelle, S. 171). Deshalb gehört der Anteil am Gemeindenutzen auch zu den ältesten Bestandteilen der sog. Küsterlehrerstelle oder -pfründe, d. i. die Gesamtheit der den Zwecken der Kirchschule und der Unterhaltung ihres Inhabers, des Küsters, gewidmeten Vermögens (Strippel, a.a.O. S. 18, 118, 143 f.), das in unserem Gebiet selbst Rechtspersönlichkeit besaß (Strippel, a.a.O. S. 11; 27, 112). — Dieser Umstand ist von großer Bedeutung bei der Vermögensauseinandersetzung zwischen Kirchengemeinde und Schulverband auf Grund des Volksschulunterhaltungsgesetzes vom 28. 7. 1906 (GS. S. 335) (vgl. dessen § 30 Abs. 6, 7) in Verbindung mit § 16 Abs. 1 des Volksschullehrerdiensteinkommensgesetzes vom 17. 12. 1920 / 1. 1. 1925 (Wortlaut auch bei Strippel, a.a.O. S. 8 f.). Nach, die Rechtsprechung in unserem Gebiet beherrschenden Rechtsgrundsätzen (vgl. Strippel, JW. 1924, 777 ff.) ist alles Vermögen, das die Küsterlehrerpfründe vor dem 1. 1. 1822 erworben hatte, bei der Auseinandersetzung der Kirchengemeinde zuzuweisen; sogenannte Eigenthumstheorie (vgl. Strippel, a.a.O., S. 28, 89, 112 f., 184). Hierzu wird auch regelmäßig der Anteil am Gemeindenutzen gehören.

[66]) Vgl. Brandt, S. 123 f., Z. 21, 23, 25.

[67]) Vgl. Gierke, Gen.R. I, 684; Sternberg, S. 47.

[68]) Gen.R. I, 684.

Es läßt sich durch eine Reihe von Belegen feststellen, daß die weitere Gemeinde in unserem Gebiet mancherorts bereits im Laufe des 18. Jahrhunderts Trägerin des Vermögensrechts an der gemeinen Mark war. Bereits die Grebenordnung spricht in Artikel XXXII § 9 von „Gemeindewäldern und denen Untertanen eigentümlichen Waldungen“[69]). Vielfach ergeben auch die Jahresrechnungen, daß zwischen der Gemeinde und den Nutzungsberechtigten unterschieden wurde[70]). Vollends war der Gesetzgebung und Verwaltung in den zwanziger Jahren des 19. Jahrhunderts der Unterschied zwischen Gemeindewaldung, Märkerschafts- und Interessentenwaldung[71]) selbstverständlich geworden (vgl. die Verordnung vom 29. Juni 1821, die Umbildung der bisherigen Staatsverwaltung betreffend, §§ 132, 88 Z. 12, Kurh. GS. S. 29 ff.[72]), die Staatsministerialausschreiben vom 28. August 1824, Kurh. GS. S. 89, vom 12. Oktober 1825, ebenda S. 13 und vom 5. April 1826, ebenda S. 16). — Zu dieser Zeit wurden auch die Staatsbürger jüdischen Glaubens zum Genusse der Gemeindenutzungen zugelassen. Bis dahin waren sie fast durchgängig hiervon ausgeschlossen, was Sternberg[73]) als einen besonderen, die „teutsche“ Gestalt des Instituts bekundenden Umstand bezeichnet[74]). Die Verordnung vom 14. Mai 1816, die Verhältnisse der jüdischen Glaubensgenossen als Staatsbürger betreffend (Kurh. GS. S. 58) gestattet Juden den Erwerb von Feldgütern und eines selbständigen, nicht Zubehör eines Hauses bildenden Gemeindenutzens, wenn auch mit Beschränkungen (§ 10 Z. 5 des Gesetzes)[75]). Diese Regelung galt bis zu dem Gesetz vom 29. Oktober 1833 zur gleichförmigen Ordnung der besonderen Verhältnisse der Israeliten (Kurh. GS. S. 144). Seit dieser Zeit sind die Israeliten, wenn sie Ortsbürger sind, auch zu den Gemeindenutzungen zugelassen, die sich aus der Gemeindeangehörigkeit ergeben[76])[77])[78])[79]).

---

[69]) Vgl. Sternberg, S. 48; Grimm, S. 22 f., 24, der ausdrücklich betont, daß sich seit Erlaß der Greb.Ordg. ein gewisser Gegensatz zwischen Dorfschaft und alter Gemeinde zu bilden begann.

[70]) Vgl. Ztschr. 25, 63 (abgedruckt bei Rintelen S. 29), wo eine Trennung der Gemeindekasse von der Kasse der Nutzungsberechtigten für die Zeit von 1793 bis 1807 festgestellt ist; siehe aber auch Sternberg, S. 9.

[71]) Mit dem Ausdruck „Interessentenschaft“ pflegte und pflegt man noch heute die Vereinigung der Nutzungsberechtigten zu bezeichnen. Vgl. Heus. Ann. 13, 586, insbes. 590, 598; Bähr, Kurh. M. 2, 263; Wald, S. 12.

[72]) Vgl. auch Sternberg, S. 55.

[73]) S. 53.

[74]) Vgl. jedoch bereits die Fürstliche Resolution vom 20. 12. 1655 (Handbuch S. 379), wonach Juden, wenn sie am Gemeindenutzen teilhaben, auch die Gemeindelasten mittragen sollen. — Diese Anordnung erging in einer Zeit, als die Realgemeinde in Blüte stand. An dieser konnten die Juden natürlich nicht teilnehmen. Vgl. weiter Bähr, Kurh. M. S. 260.

[75]) Vgl. hierzu das Staatsministerialausschreiben vom 20. 12. 1826 (Kurh. GS. S. 27) und den Ministerialbeschluß vom 28. 4. 1828 (M. S. 2, 149).

[76]) Vgl. hierzu Henkel, 1, 511 = Sternberg, S. 116; Heus. Ann. 1, 797.

[77]) Ueber die Frage, ob sich nach Erlaß dieses Gesetzes ein Herkommen bilden konnte, wodurch Juden von dem Genuß der Gemeindenutzung ausgeschlossen wurden, vgl. unten S. 32 Anm. 83.

[78]) Ueber die heutige Rechtslage der Nichtarier vgl. unten S. 15 Anm. 120.

[79]) In der Zeit, während der Kurhessen zum Königreich Westfalen gehörte (1806—1814), war die Realgemeinde überhaupt von der weiteren (politi-

In diese Entwicklung griff die Gesetzgebung durch Erlaß von Gemeindeordnungen ein, in Kurhessen in Vollziehung von § 42 der Verfassungsurkunde vom 5. Januar 1831 durch Erlaß der Gemeindeordnung vom 23. Oktober 1834 für die Städte und Landgemeinden Kurhessens (Kurh. GS. S. 181 ff.)[80]. Durch die Gemeindeordnung von 1834 wurde die Landgemeinde als politische Korporation geschaffen. An die Stelle der Gemeindsleute unter dem Greben trat die Ortsbürgerschaft mit dem Bürgermeister an der Spitze[81][82][83]. Die Gemeindsleute wurden jeder politischen Bedeutung beraubt[84]. — Das neue Gesetz unterscheidet zunächst Ortsbewohner, die das Heimatsrecht in der Gemeinde haben (§§ 9 ff.) und solche, die das Heimatsrecht nicht haben, sog. Orts- oder Schutzgenossen (§ 35). Die ersteren bilden die Gemeindeangehörigen. Unter diesen wurden Unterschiede gemacht, wobei aber nicht mehr der Besitz von Grund und Boden, sondern die wirtschaftliche Selbständigkeit maßgebend war. Das Gesetz kennt die einfache Gemeindeangehörigkeit, die alle nicht oder noch nicht selbständig gewordenen Gemeindeglieder besitzen, und die Gemeindemitgliedschaft (§ 20). Mit gewissen Ausnahmen ist jeder Gemeindeangehörige, welcher selbständig ein Geschäft betreibt oder einen eigenen Haushalt führt oder heiraten will, verbunden, zuvor Mitglied der Gemeinde zu werden. Die Mitglieder der Gemeinde sind entweder Ortsbürger oder Beisitzer[85]. Zum Ortsbürgerrecht gehört nicht mehr das Recht zur Teilnahme an den Gemeindenutzungen, sondern nur das Recht zur Mitwirkung bei den öffentlichen Angelegenheiten (§ 20 Abs. 2), es sei denn, daß die Nutzung herkömmlich mit dem Besitz des Bürgerrechts verbunden ist (§ 70)[86]. Von den Beisitzern ist nur der Name übrig geblieben (§ 33)[87]. — Das Ortsbürgerrecht selbst wird verliehen (§§ 34, 63, 64). Bei Erfüllung gewisser Voraussetzungen ist jeder selbständige Gemeindeangehörige berechtigt und verpflichtet, das Bürgerrecht zu erwerben (§§ 26, 27).

Welche Einwirkungen hat nun die neue Gemeindegesetzgebung auf die Wirtschaftsgemeinde gehabt[88]? Das Schicksal der Wirtschaftsgemeinde ist in den einzelnen Teilen Deutschlands verschieden gewesen. Die Wirtschaftsgemeinde ist entweder in die politische Ge-

---

schen) Gemeinde verdrängt worden. Ortsbürger war jeder, der seinen Wohnsitz in der Gemeinde begründete. Die politische Gemeinde wurde auch Trägerin des Gemeindeeigentums. Nach der Herstellung der früheren Staatsverfassung galt auch die Realgemeinde mit ihrem Unterschied zwischen Gemeindsmännern und Beisitzern als wiederhergestellt. Vgl. Sternberg, S. 54; Uebersicht S. 779 f.

[80]) Vgl. Gierke, Gen.R. I, 675, 685; Pr. R. I, 590.

[81]) Vgl. Duncker, S. 191; Grimm, S. 26.

[82]) Allgemeines über Verfassung und Verwaltung in Uebersicht S. 781 ff

[83]) Die revidierte pr. Städteordnung vom 17. 3. 1831 hat bei der Ausarbeitung des Gesetzes als Vorbild gedient (Uebersicht S. 781).

[84]) Vgl. Heus. Ann. 2, 559.

[85]) Außerdem kennt das Gesetz „Ausbürger" (§ 30); vgl. auch unten S. 15.

[86]) Vgl. auch St.O. § 54 Satz 1, LGO. § 40 Satz 1.

[87]) Vgl. Sternberg, S. 106.

[88]) Vgl. zum folgenden Gierke, Gen.R. I, 685 ff., Grimm S. 66 f., Haff, Pr.R. S. 74.

meinde übergegangen oder zwar als Korporation erhalten geblieben, aber lediglich als Privatkorporation. Vielfach besteht sie auch als Gemeinschaftsverhältnis ohne korporativen Charakter fort. Die Real-(Rechtsame)-Gemeinde, die sowohl Gemeinde als auch Markgenossenschaft war, hat sich sozusagen zur Markgenossenschaft zurückentwickelt, ohne daß allerdings diese Bezeichnung wieder für sie aufkam. — Schließlich sind die alten Wirtschaftsgemeinden teilweise schon damals durch Aufteilung unter die Berechtigten aufgelöst worden. Als Ergebnis der Entwicklung im allgemeinen kann festgestellt werden, daß in dem größten Teil Deutschlands die Wirtschaftsgemeinde ihre Selbständigkeit gegenüber der politischen Gemeinde nicht erhalten hat.

Was die Kurh. Gemeindeordnung im besonderen betrifft, so bewahrt sie, wie Grimm sagt[89]), inbetreff der Vermögensverhältnisse der neuen Gemeinde große Zurückhaltung. Der Grund hierfür ist nach Grimm darin zu suchen, daß die erheblichen Verschiedenheiten in den ländlichen Verhältnissen dem Gesetzgeber bekannt waren, jedoch der Ueberblick zu einer gesetzlichen Regelung noch fehlte[90]). Das Gesetz unterscheidet zwischen dem Orts- oder Kämmereivermögen und den Gemeindenutzungen (§ 70). Die Gemeindenutzungen sollen nach dem „deshalbigen Herkommen" behandelt werden, bis eine andere Einrichtung zustande gekommen ist (§ 70). Aus dem Hinweis auf das Herkommen wird angenommen, daß das Gesetz die Real- oder Wirtschaftsgemeinde als fortbestehend anerkennt, wenn sie sich bis zum Inkrafttreten des Gesetzes erhalten hat[91]). Diese Regelung ist aber keineswegs ganz klar, worauf Renaud richtig hinweist. Es ist bezeichnend, daß das Gesetz das der Nutzung unterliegende Vermögen nicht einmal ausdrücklich als Gemeindevermögen bezeichnet, sondern nur von „Gemeindenutzungen" spricht[92]). Die Folge dieser Regelung waren alsbald beginnende Streitigkeiten zwischen den Nutzungsberechtigten und der politischen Gemeinde über das Eigentumsrecht an den gemeinen Gebräuchen[93]). Es kann aber nicht ohne weiteres angenommen werden, daß das Gesetz in wohlerworbene Rechte einzugreifen beabsichtigt hat. Der Verband der Nutzungsberechtigten besteht also als Träger des Eigentumsrechts fort, aber lediglich als privatrechtliche Vereinigung[94]). Wenn eine Wirtschaftsgemeinde nicht mehr vorhanden war, ist ihr Vermögen auf die politische Gemeinde übergegangen und wird von dem Ortsvorstand verwaltet (§ 67)[95]).

---

[89]) S. 26; vgl. auch die Kritik bei Renaud, S. 75 f., gegen Renaud Grimm, S. 27 f.

[90]) Vgl. Brandt, S. 126 Z. 39, 42.

[91]) Vgl. Gierke, Gen.R. I, 678 ff., 686 f.; Grimm, S. 70; Heus. Ann. 14, 396.

[92]) Vgl. auch § 84 Z. 4, wo das von Einzelnen benutzte Vermögen nicht Gemeinde-, sondern Gesamtvermögen genannt wird.

[93]) Vgl. hierüber unten § 3.

[94]) Oeffentlich-rechtliche Verbände der Nutzungsberechtigten gibt es in unserem Gebiet nicht. Anders z. B. die Haubergsgenossenschaften im Siegerland, die Realgemeinden in Hannover, wenn eine Regelung ihrer Verfassung stattgefunden hat (vgl. Haff, Persönlichkeitslehre, S. 145 f., unten S. 27).

[95]) Renaud, S. 75, ist der Ansicht, daß nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes wenigstens die Verwaltung des Vermögens der Nutzungsberechtigten dem Gemeindevorstand zustehen sollte.

— Soweit sich die Berechtigungen als Privatrechte erhalten haben, wird auch an ihnen von dem neuen Gesetz nicht gerührt (vgl. § 24)[96]).

Während die Gemeindegesetzgebung also die Wirtschaftsgemeinde in ihrem wirtschaftlichen Bestande nicht angetastet hat, ist sie durch die zur gleichen Zeit einsetzende Agrargesetzgebung[97]) im Laufe des 19. Jahrhunderts in vielen Teilen unseres Gebietes aufgelöst worden[98]). Die Ziele dieser Gesetzgebung entsprechen dem Geiste des damals herrschenden wirtschaftlichen Liberalismus und Individualismus[99]): sie waren die Zusammenlegung von in der Gemenglage befindlichen Grundstücken, die Ablösung von Eigentumsbeschränkungen, insbesondere von Dienstbarkeiten und Reallasten und die Aufteilung von Grundstücken, die von einer größeren Gesamtheit gemeinschaftlich genutzt wurden. — In unserem Gebiet hat zunächst das Gesetz vom 25. Oktober 1834 über die Teilung der Gemeinschaften, welche hinsichtlich der Koppelhute bestehen (Kurh. GS. S. 145), die Aufhebung der zwischen mehreren Einwohnern einer Gemeinde oder zwischen Gemeinde und Gutsbesitzern bestehenden Viehhute „soviel als tunlich" angeordnet. Die Auseinandersetzung konnte durch freie Uebereinkunft zwischen den Beteiligten stattfinden, im Falle nicht gütlicher Uebereinkunft durch das Kreisamt (§§ 2, 3). Auf diese Weise ist die Hutefläche vielfach unter die Nutzungsberechtigten verteilt worden. — Die — der pr. Gemeinheitsteilungsordnung vom 7. 6. 1821 nachgebildete — Verordnung, betreffend die Ablösung der Servituten, die Teilung der Gemeinschaften und die Zusammenlegung der Grundstücke vom 13. Mai 1867 (GS. S. 716) umfaßt einen erheblich größeren Kreis von Berechtigungen als das Gesetz von 1834 (vgl. § 1 Z. I, II)[100])[101])[102]). Ausgeschlossen von der Gemeinheitsteilung war das Vermögen, welches im Eigentum der Gemeinde stand (§ 5)[103]). Die Ablösung der Nutzungsrechte wurde durch eine angemessene Abfindung bewirkt (§ 10). Die Abfindung der Forstberechtigungen insbesondere erfolgte durch Abtretung von verhältnismäßigen Teilen des belasteten Grundstücks (vgl. § 16 in Verbindung mit Artikel 5 des — gleich zu erwähnenden — Gesetzes vom 25. 7.

---

[96]) Vgl. hierzu auch den Rechtsstreit der Beisitzer der Gemeinde Michelbach wegen Teilnahme am Gemeindenutzen, abgedruckt bei Sternberg, S. 64 ff., Grimm, S. 44 ff., und die Kritik dazu bei Grimm, S. 51; Duncker, S. 193 f., Sternberg, S. 70 ff.

[97]) Vgl. das Gesetz vom 28. 8. 1834, die Verkoppelung der Grundstücke betreffend (Kurh. GS. S. 69).

[98]) Allgemeines bei Gierke, Pr.R. I, 595 ff.

[99]) Heute beurteilen wir diese Gesetzgebung — insbesondere die Gemeinheitsteilung — wesentlich anders (vgl. Merk, Das Eigentum im Wandel der Zeiten, S. 30 ff.).

[100]) Vgl. hierzu das Erläuterungsbuch von Mahraun. Die Rechtsverhältnisse des Gemeindenutzens mit Beziehung auf die Verordnung von 1867 untersucht im besonderen Grimm.

[101]) Durch das BGB. ist die Verordnung nicht berührt worden (vgl. E.G. Art. 113, 115, Mahraun, S. 16).

[102]) Die Ablösung der Reallasten regelt für unser Gebiet das Gesetz vom 23. 7. 1876 (GS. S. 357); Text bei Mahraun S. 116 ff.

[103]) Ueber die Abfindung von öffentlichrechtlichen Nutzungsrechten vgl. § 5 Abs. 3 und dazu OVG. 24, 88.

1876). Bei einem Miteigentumsverhältnis konnte jeder Miteigentümer, auch wenn es sich um Waldbesitz handelte, in der Regel die Teilung des gemeinschaftlichen Grundstücks verlangen (§ 14). Die einschrankende Bestimmung des § 14 Abs. 2, daß Naturalteilung eines gemeinschaftlichen Waldes ganz oder teilweise nur dann zulässig sei, wenn die einzelnen Anteile entweder zur forstmäßigen Benutzung geeignet blieben oder in anderer Kulturart mit größerem Vorteil benutzt werden könnten, konnte zahlreiche Aufteilungen von Waldbesitz nicht verhindern. Die Bauern pflegten vielfach in ihrer Kurzsichtigkeit die Waldflächen abzuholzen und hinterließen ihren Nachkommen eine wüste Fläche[104]). — Während die Nützlichkeit der Aufhebung von Gemeinschaften an landwirtschaftlich genutzten Grundstücken nicht zweifelhaft sein kann, hat sich die Aufteilung gemeinschaftlicher Waldungen alsbald als schädlich herausgestellt[105]). Dem Unfug der Aufteilung — wie Bähr sich ausdrückt —, die auch bei den durch ein Ablösungsverfahren gebildeten Gemeinschaften an Waldbesitz (sog. Abfindungswaldungen) möglich war, ist durch Art. 3 und 6 des Gesetzes vom 25. Juli 1876 betr. die Teilung der Gemeinheiten im ehemaligen Kurfürstentum Hessen (GS. S. 366) ein Ende gemacht worden. Danach sind Forstgrundstücke, welche einer aus Gemeindenutzungsberechtigten (oder ähnlichen Berechtigten) bestehenden Genossenschaft oder Klasse von Personen eigentümlich gehören oder als Abfindung gegeben werden, für unteilbar erklärt[106]) und hinsichtlich der forstwirtschaftlichen Benutzung den für Waldungen der Gemeinden geltenden Bestimmungen unterstellt worden. In dem Bestreben, gemeinschaftliche Waldungen zu erhalten, ist auch das Gesetz vom 6. Juli 1875, betr. Schutzwaldungen und Waldgenossenschaften (GS. S. 416) für den gesamten Umfang der Monarchie erlassen worden (vgl. § 47 des Gesetzes)[107])[108]). Hinsichtlich der Teilbarkeit von forstwirtschaftlich genutzten Grundstücken gilt jetzt das Gesetz über gemeinschaftliche Holzungen vom 14. März 1881 (GS. S. 261), vgl. insbesondere dessen § 6. Seit Inkrafttreten dieses Gesetzes dürfen Abfindungen, welche den Berechtigten bei einer Gemeinheitsteilung oder Forstservitutenablösung als Holzung zu gewähren sind, nur als Gesamtabfindung

---

[104]) Vgl. Bähr, Kurh. M. S. 269.

[105]) Vgl. Gierke, Pr.R. I, 593. — Ob die Auffassung Bährs, Kurh. M. S. 269, daß die Beamten in der Generalkommission nicht genügend Verständnis für kurhessische Verhältnisse gehabt hätten und dadurch manche unberechtigte Teilung erfolgt sei, richtig ist, scheint Verfasser nach dem Studium zahlreicher Entscheidungen der Auseinandersetzungsbehörden zweifelhaft. Richtiger Ansicht nach war die gesetzliche Regelung mangelhaft. Vgl. auch unten S. 19 Anm. 145. Nicht ganz klar Gierke, Gen.R. I, 686 Anm. 105, wenn er meint, daß die Verordnung von 1867 die Wirtschaftsgemeinde schütze.

[106]) Wegen der Ausnahmen vgl. Artikel 3 Abs. 2.

[107]) Die Regelung in dem Ges. v. 25. 7. 1876 bedeutet demgegenüber einen Fortschritt im Sinne der Unteilbarkeit.

[108]) Das Ges. läßt die zwangsweise Bildung von Waldgenossenschaften zu, wo die forstmäßige Benutzung von Grundstücken nur durch das Zusammenarbeiten aller Beteiligten zu erreichen ist (vgl. §§ 23—46), unberührt durch BGB. (EG. Artikel 83).

überwiesen werden (§ 1 Abs. 2)[109]). Durch diese Gesetze, die selbstverständlich weniger im Interesse der Gemeinschaften als im Interesse der Forstwirtschaft erlassen worden sind[110]), sind zahlreiche genossenschaftliche Waldnutzungsverbände (Interessentenschaften) erhalten geblieben. Die Durchführung der Agrargesetzgebung hat im übrigen zur Folge gehabt, daß der bürgerlichrechtliche Gemeindenutzen keine Bedeutung mehr hat. Besonders häufig ist in unserem Gebiet die Losholzberechtigung[111])[112]). Aber auch Hute- und Weiderechte und Rechte zum Torfstich kommen noch vor[113])[114]).

Die Gemeindegesetzgebung der neunziger Jahre — die Städteordnung vom 4. August 1897 (GS. S. 254) und die Landgemeindeordnung vom gleichen Tage (GS. S. 301) — regelt lediglich das Gemeindenutzungsrecht, welches sich aus der Gemeindeangehörigkeit ergibt (vgl. St.O. § 52, LGO. § 38). Nach § 54 StO., § 40 LGO. regelt sich die Teilnahme an den Nutzungen nach dem bisherigen Recht mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Gemeindebürger die Gemeindeangehörigen treten (vgl. § 70 Kurh. Gem.O. in Verbindung mit § 20 daselbst)[115]).

Diese Bestimmung nötigt dazu, auf das Gemeindeverfassungsrecht dieser Gesetze einzugehen. Diese Beschäftigung rechtfertigt sich umsomehr, als es auch noch unter der Herrschaft der Deutschen Gemeindeordnung vom 15. Januar 1935 hinsichtlich der Nutzungen bei den bisherigen Vorschriften und Gewohnheiten verbleibt (§ 65 D. Gem.O.)[116]). Auch die Gemeindeverfassungsgesetze der neunziger Jahre unterscheiden zwischen bloßen Gemeindeangehörigen und Gemeindebür-

---

[109]) Für diese Gemeinschaften gilt das Gesetz vom 2. 4. 1887, betr. die durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten (GS. S. 105). Die Vertretung einer derartigen Gemeinschaft kann auf Antrag dem Gemeindevorstand übertragen werden. Alsdann ist die Gemeinschaft aktiv und passiv prozeßfähig (§ 2). Erläuterungen zu dem Gesetz bei Kluckhuhn, S. 189 ff.

[110]) Vgl. auch die Verordnung der Reichsregierung v. 7. 2. 1924 (RGBl. I, 50).

[111]) Vgl. Pr. VBl. 33, 230; OVG. 69, 136.

[112]) „Losholz" wird jedoch auch aus dem Staatswald an „jeden einen eigenen Haushalt führenden Staatsangehörigen" verteilt auf Grund des Gesetzes, die Verwertung der Forstnutzungen aus den Staatswaldungen betreffend, vom 28. 6. 1865 (Kurh. GS. S. 423), so z. B. in der Heimatstadt des Verfassers Wanfried.

[113]) Vgl. Pr. VBl. 35, 914.

[114]) Vielfach sind Berechtigungen im Laufe des 19. Jahrhunderts außer Uebung gekommen, so z. B. die Huteberechtigung der Kasseler Bürger auf dem Forst, weil die Kuhherden wegfielen (nach Angaben des Amtsgerichts Abt. 9 in Kassel in dem Gutachtenband, S. 1 R. seines Gutachtens). Die Pflanzenörter (oben S. 2, Anm. [108]), die z. B. in zahlreichen Orten des Landkreises Kassel bis ins 19. Jahrhundert große Bedeutung hatten, bestehen zumeist nicht mehr.

[115]) Beide Gesetze haben sich bei der Regelung dem Vorbilde des älteren pr. Rechts (Landgemeindeordnung vom 3. 7. 1891 und Städteordnung vom 30. 5. 1853) angeschlossen (Pr. VBl. 33, 230).

[116]) Das pr. Gemeindeverfassungsgesetz vom 15. 12. 1933 (GS. S. 427 ff.) enthält keine Bestimmungen über die Nutzungen des Gemeindevermögens. Die Vorschrift des § 70 des Gem.Fin.Ges. vom gleichen Tage (GS. S. 442 ff.) kann hier außer Betracht bleiben. Ueber diese vgl. unten S. 35.

gern (St.O. § 3, §§ 5 ff., LGO. §§ 5 ff., §§ 9 ff.). Das Bürgerrecht besteht lediglich in dem Rechte zur Teilnahme an den Gemeindewahlen und in der Befähigung zur Uebernahme von Aemtern (St.O. § 5, LGO. § 10). Gemeindeangehöriger ist grundsätzlich jeder, der seinen Wohnsitz in der Gemeinde hat. Das Bürgerrecht wird zwar nicht mehr verliehen, muß aber erst erworben werden. Insbesondere ist zweijähriger Wohnsitz in der Gemeinde Voraussetzung (vgl. StO. § 5 Abs. 1, LGO. § 11)[117])[118])[119]).

Die deutsche Gemeindeordnung vom 15. Januar 1935 (RGBl. I, 49) hat, worauf eben schon hingewiesen worden ist, an den Vorschriften und Gewohnheiten für die Nutzung des Gemeindevermögens nichts geändert (§ 65)[120]).

Zum Abschluß dieser Bemerkungen sei ein kurzer Blick auf die Bedeutung geworfen, die die Berechtigung für die Wirtschaft des Einzelnen hat, wobei aber beachtet werden muß, daß dem Verfasser lediglich Zahlenangaben aus den neunziger Jahren des vorigen Jahrhunderts zur Verfügung standen. Aus diesen Angaben folgt, daß der Wert des Nutzungsrechts auch in unseren Tagen zum Teil noch recht beträchtlich ist. So ist die Berechtigung gelegentlich von Verpfändungen und Veräußerungen geschätzt worden:

in Weimar (Landkreis Kassel)	auf 1500 Mark,
in Ihringshausen	auf 1200 Mark,
in Wolfsanger	auf 1200 Mark,
in Obervellmar	auf 900 Mark,
in Simmershausen	auf 600 Mark,
in Wahnhausen	auf 300 Mark,
in Sandershausen	auf 300 Mark,
in Harleshausen	auf 15 Mark[121]).

---

[117]) Durch diese Bestimmungen war auch Gemeindeangehörigen, welche bei anderen in Kost und Brot standen oder als Gesellen und Tagelöhner arbeiteten, der Erwerb des Ortsbürgerrechts möglich gemacht worden, ein sozialer Fortschritt gegenüber der Regelung der Kurh. Gem.O. — Der soziale Rückschritt gegenüber dieser Regelung bestand in der Einführung des Dreiklassenwahlsystems anstelle des allgemeinen und gleichen Wahlrechts (vgl. Antoni, LGO., S. 6, 7).

[118]) Die Möglichkeit, sich auch als sogenannter „Ausbürger" durch Zahlung eines Rekognitionsgeldes die Teilnahme an den Nutzungen zu erhalten, besteht nach den neuen Gesetzen nicht mehr (Pr. VBl. 30, 607; vgl. auch OVG. 64, 176).

[119]) Vgl. Art. 17, Abs. 2 der Verfassung vom 11. 8. 1919.

[120]) Da die Teilnahme an den Gemeindenutzungen nicht mehr Ausfluß des Bürgerrechts ist, ist die Teilnahme der Nichtarier an den Gemeindenutzungen durch das Reichsbürgergesetz vom 15. 9. 1935 (RGBl. I, S. 1146) und seine Durchführungsbestimmungen (vgl. insb. § 4 der ersten Durchführungsverordnung vom 14. 11. 1935, RGBl. I, S. 1163) nicht berührt worden.

[121]) Nach Angaben des Amtsgerichts Abtl. 8 in Kassel in dem Gutachtenband S. 62 f. des Gutachtens). Vgl. weiter Sternberg, S. 8, Boxberger, S. 283. — Siehe auch Bergdolt, S. 349 ff. Die dort mitgeteilten Ansichten über die Bedeutung der Allmendenutzung beziehen sich allerdings nur auf badische Verhältnisse. Allgemeines auch bei Damaschke, S. 199 ff.

§ 2.

Ueberſicht über die Entwicklung des Eigentums an der gemeinen Mark und der Rechte an ihr. Abgrenzung der Arbeit in räumlicher Hinſicht.

Das Bild, das uns die Verhältniſſe in unſerem Gebiet hinſichtlich des Eigentums an der gemeinen Mark und der Rechte an ihr bieten, kann nach der oben geſchilderten Entwicklung nur ein mannigfaltiges ſein. — Blicken wir nach Heſſen — ſo ſchließt Landau ſeine Betrachtungen über die Bildung und Entwicklung der Marken[122]) — ſo finden wir an dem einen Ort den Gemeindenutzen an eine feſtſtehende unveränderte Zahl von Höfen geknüpft und denſelben nur mit dem Hofe veräußerlich, im nächſten Dorf ſehen wir denſelben mit jeder, auch der kleinſten Niederlaſſung verbunden, und zwar hin und wieder ſogar dergeſtalt, daß ohne Rückſicht auf den Umfang des Beſitzes ein jeder gleich berechtigt iſt, und in dem dritten finden wir dieſes aus einer Anzahl von Loſen beſtehende Recht als freie ledige Ware, welches jeder, auch der Fremde, welcher nicht einen Fußbreit Land in der Gemeinde beſitzt, erkaufen kann[123])[124])[125]).

Dieſe Verſchiedenartigkeit beſteht aber nicht nur hinſichtlich der Geſtaltung der Berechtigung des Einzelnen, die Landau allein hervorhebt, ſondern auch hinſichtlich der Eigentumsverhältniſſe an den dem Gemeindenutzen unterworfenen Grundſtücken.

Folgendes Schema der verſchiedenartigen jetzigen Geſtaltungsformen des Eigentums und des Nutzungsrechts läßt ſich aufſtellen[126]):

A. Das Eigentum an den Grundſtücken iſt bei den Nutzungsberechtigten verblieben[127]). Das Recht des Einzelnen kann ſein entweder

---

[122]) S. 185; vgl. auch Duncker, S. 186.

[123]) Vgl. den Art. „Gemeindenutzen" in Handbuch S. 379 ff.

[124]) Daraus, wie ſich die Berechtigung in einer Nachbargemeinde geſtaltet hat, können alſo keine zwingenden Schlüſſe gezogen werden (OLG. Kaſſel vom 24. 11. 1924 in der Sache Gemeinde Kleinenglis ./. Gemeindenutzungsberechtigte). — In der Märkerſchaft von Felsberg, die die Gemeinden Felsberg, Genſungen, Helmshauſen und Beuern umfaßt, kommen die vier verſchiedenen Geſtaltungsformen des Rechts vor. In Felsberg iſt jeder Hausbeſitzer, in Genſungen jeder Gemeindeangehöriger, der das Einkaufsgeld gezahlt hat, in Beuern und Helmshauſen beſtimmte Gemeindeangehörige teilnahmeberechtigt, wobei das Recht in Beuern an beſtimmte Häuſer geknüpft iſt, in Helmshauſen dagegen frei veräußerlich iſt (Nach den Angaben des Amtsgerichts in Sontra in dem Gutachtenband, S. 50 f. ſeines Gutachtens).

[125]) Vgl. OVG. 45, 168 f. (für kurh. Recht), wo ausgeführt wird, daß nur die Berechtigungen als Reſte der alten Markverfaſſung betrachtet werden können, die den Gemeindeangehörigen auf Grund des Beſitzes von Grundeigentum oder den Berechtigten auf Grund eines Titels zuſtehen. Die Zubehöreigenſchaft ſei bei letzteren in Vergeſſenheit geraten. Für die Entſtehung von Nutzungsrechten, die den Gemeindeangehörigen als ſolchen zuſtehen, ſei der Verfall der alten Markverfaſſung Vorausſetzung.

[126]) Vgl. auch JW. 1901, 91 = Pr. VBl. 24, 180; Haff, Perſönlichkeitslehre S. 144.

[127]) Ueber die Rechtsnatur der Verbände der Nutzungsberechtigten vgl. Stobbe, S. 508 f., Grimm, S. 71, unten S. 23 ff.

a) ein unselbständiges Recht (untrennbarer Bestandteil, früher Zubehör[128]), bestimmter Häuser und Güter (vgl. § 96 BGB.)[129]) oder

b) ein selbständiges Recht[130])[131]) und zwar entweder mit Beschränkungen in der Vererbung und Veräußerung; z. B. kann das Recht nur an Abkömmlinge oder Gemeindeangehörige übertragen werden,
oder frei vererblich und veräußerlich.

B. Das Eigentum an den Grundstücken ist auf die politische Gemeinde übergegangen. Der Gemeinde steht in jedem Falle die Verwaltung des Vermögens zu (vgl. §§ 60 ff. D. Gem.O.)[132]).

I. Die Nutzungen werden entweder

1. unmittelbar im Interesse der Gemeinde verwendet. Die gemeine Mark ist sog. Orts- oder Kämmereivermögen geworden (StO. § 52, LGO. § 38), das der Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Gemeinde (Verwaltungsvermögen) oder der Bestreitung der Gemeindeausgaben (Finanzvermögen)[133]) dient, oder stehen
2. den Gemeindeangehörigen als solchen zu[134]), gegebenenfalls nach Zahlung eines Einkaufsgeldes (StO. § 58, LGO. § 42)[135]) und zwar
   a) allen Gemeindeangehörigen (Gemeindegliedervermögen), oder
   b) einzelnen Gemeindeangehörigen vermöge dieser ihrer Eigenschaft (Gemeindegliederklassenvermögen).

II. Das Nutzungsrecht steht besonderen Berechtigten unabhängig von ihrer Mitgliedschaft zur Gemeinde auf Grund eines bürgerrechtlichen Verhältnisses zu. Das Recht kann sich sowohl auf Gemeindegliedervermögen als auch auf Kämmereivermögen beziehen[136]). — Das Recht selbst kann wie oben zu A. ein unselbständiges oder ein

---

128) Vgl. Hübner S. 175.

129) So z. B. in Molzbach (Heus. Ann. 5, 656).

130) So z. B. in Pilgerzell (Heus. Ann. 13, 586), Hachborn (Heus. Ann. 23, 154).

131) Das Gemeindenutzungsrecht haftet in diesem Fall an der Person (vgl. Duncker, S. 186).

132) Vgl. die Bemerkungen bei Surén — Loschelder, Kommentar, S. 213 f., 220 f. — Während das Ortsvermögen aus den Mitteln des ordentlichen Haushalts zu erhalten ist (§ 60), folgt aus dem besonderen Charakter des Gemeindegliedervermögens, daß die Unterhaltungskosten für dieses zunächst seinem Ertrag und gegebenenfalls dem Vermögen selbst zu entnehmen sind (Surén — Loschelder).

133) Vgl. RG. 73, 158 f.

134) So z. B. in Amöneburg (Str. 6, 323), Nauheim (Heus. Ann. 1, 701), Langenselbold (Heus. Ann. 1, 707), Hessenhausen (Heus. Ann. 1, 777), Rauschenberg (Heus. Ann. 8, 504), Fronhausen (Heus. Ann. 10, 96; 26, 413), Calden (Heus. Ann. 17, 313).

135) Vgl. hierzu und zum Folgenden unten S. 34, 63 ff.

136) Auf letzteres jedoch nur soweit, als es mit seiner Bestimmung vereinbar ist (Gruch. 45, 643).

selbständiges Recht sein[137])[138]), auch denselben Beschränkungen unterliegen, z. B. nur Gemeindeangehörigen zustehen oder nur an Gemeindeangehörige veräußerlich oder vererblich sein.

C. Die Realgemeinde ist, insbesondere durch ein Auseinandersetzungsverfahren, aufgelöst worden. Die Gemeindenutzungsgrundstücke sind aufgeteilt worden und in das gewöhnliche Sondereigentum der Berechtigten übergegangen. — Durch ein Auseinandersetzungsverfahren sind aber auch zahlreiche Gemeinschaftsverhältnisse an Wald begründet worden (sog. Gesamtabfindungswaldungen)[139])[140]).

Was die Erstreckung der Arbeit in räumlicher Hinsicht betrifft, so sind die Zustände zu Grunde gelegt, wie sie sich in dem Gebiet des ehemaligen Kurfürstentums Hessen herausgebildet haben. Seit der Vereinigung mit dem Königreich Preußen ist dieses ein Teil des Regierungsbezirks Kassel geworden, dem aber auch vormals bayrische Gebietsteile (Gersfeld, Bad Orb) und großherzoglich-hessische Gebietsteile (insbes. Vöhl) angehören[141]).

§ 3.

Der Streit zwischen den Nutzungsberechtigten und der politischen Gemeinde um das Eigentumsrecht an der gemeinen Mark nach Erlaß der Gemeindeordnung von 1834.

Die Streitigkeiten, ob das Eigentumsrecht an den dem Nutzungsrecht unterworfenen Grundstücken den Berechtigten oder der politischen Gemeinde zustand, haben in unserem Gebiet vielerorts alsbald nach Erlaß der Gemeindeordnung von 1834 begonnen. Der Grund hierfür lag, wie bereits oben[142]) ausgeführt worden ist, an der unklaren Regelung des Gesetzes selbst. Von großer praktischer Bedeutung wurde die Frage einmal, als 1867 die pr. Gesetzgebung über die Gemeinheitsteilung in Kurhessen eingeführt wurde[143]). Nach § 5 der Verordnung vom 13. 5. 1867 durfte weder Ortsvermögen noch Gemeindevermögen in Privatvermögen der Gemeindeglieder umgewandelt werden[144]). Auf die von Nutzungsberechtigten nach § 10 der Verordnung gestellten Anträge auf Teilung hatten die Auseinander-

---

[137]) Unselbständig ist es in Jestädt (Heus. Ann. 16, 185), Niedermeiser (Heus. Ann. 28, 444).

[138]) Selbständig ist es in Ilschhausen (Heus. Ann. 2, 563), Heskem (Heus. Ann. 7, 381), Metze (Heus. Ann. 14, 394), Hertingshausen (Heus. Ann. 24, 209), Kleinenglis (Z. f. Agr. u. W.R. 7, 279).

[139]) Vgl. oben S. 13.

[140]) z. B. in Weimar (Landkreis Kassel) durch Rezeß vom 4. 2. 1872. Die von den Berechtigten gezahlte Abfindungssumme betrug 2091 Taler 10 Silbergroschen. — Weiter in Wolfsanger durch Rezeß vom 6. 6. 1883. In beiden Fällen handelte es sich um Waldungen zu halbem Gebrauch. Vgl. kurh. M. 1, 11.

[141]) Vgl. § 1 der Allerhöchsten Verordnung vom 22. 2. 1867 (GS. S. 273).

[142]) S. 11.

[143]) Vgl. oben S. 12. — Die Eigentumsfrage im Hinblick auf die Verordnung von 1867 behandelt im besonderen Grimm, insbes. S. 65 ff.

[144]) Vgl. auch StO. § 52, Abs. 3, LGO. § 38, Abs. 3.

setzungsbehörden, die Generalkommission in Kassel und das Oberlandeskulturgericht in Berlin, vielfach die streitige Frage, wem das Eigentumsrecht an den Grundstücken zusteht, zu entscheiden (§ 29 der Verordnung)[145]). - Die Frage wurde weiter streitig, als die Grundstücke nach Einführung der pr. Grundbuchordnung in unserm Gebiet in das Grundbuch eingetragen werden sollten[146]).

Bei einem Streit zwischen Nutzungsberechtigten und politischer Gemeinde pflegten die ersteren etwa folgendes auszuführen[147]): Die kurh. Gem.O. habe zwar die politische Gemeinde geschaffen, habe aber nur den Zweck gehabt, die Verfassung dieser Gemeinde zu regeln. Sie habe nicht den Zweck, der Gemeinde Eigentum zuzusprechen, welches sie vorher nicht gehabt habe. Die früheren Gemeindsleute zu bloßen Nutzungsberechtigten der politischen Gemeinde zu machen, bedeute, daß ihnen nicht nur ihre öffentlichen Rechte, sondern auch ihre Vermögensrechte genommen würden.

Daß diese Beweisführung nicht zutreffend ist, ist oben[148]) dargelegt worden und wird auch noch im Folgenden zu zeigen sein[149])[150]).

Die Frage nach dem Eigentum ist da einfach zu klären, wo die Verhältnisse durch Vergleich geregelt worden sind und hierdurch das Eigentum für die eine oder die andere Seite begründet worden ist. Vergleiche dieses Inhalts sind im 19. Jahrhundert vielfach abgeschlossen worden[151]). — Es muß jedoch immer geprüft werden, ob die Erklärungen der Beteiligten eine Aenderung des bestehenden Rechtszustandes oder nur eine Berichtigung des Grundbuches herbeiführen sollten. Letzterenfalls ist das Eigentum bei dem früheren Inhaber verblieben[152]). — Meist werden aber die Rechtsverhältnisse in unvordenkliche Zeiten zurückreichen, ohne daß unzweideutige urkundliche Erwerbstitel für die eine oder die andere Seite vorhanden sind. Dann muß die Frage, wem das Eigentumsrecht zusteht, nach dem Herkommen (§ 70 kurh. Gem.O.)[153]) entschieden werden. Herkommen

---

145) Das Oberlandesgericht in Kassel erklärt in dem Urteil vom 23. 11. 1915 i. S. Zimmermann u. Gen. gegen Gemeinde Kammerbach, daß die Entscheidungen der Auseinandersetzungsbehörden deshalb Beachtung verdienten, weil bei ihren Mitgliedern besondere Erfahrung in der Beurteilung der Rechtsverhältnisse der Dorfgemeinden und ihrer Entwicklung vorauszusetzen sei.

146) Vgl. unten S. 53.

147) Vgl. Heus. Ann. 2, 559; abgedruckt auch bei Grimm, S. 38 ff.

148) S. 10 f.

149) Vgl. S. 21.

150) Im Folgenden wird die praktisch allein bedeutsame Frage nach dem Eigentumsrecht an Waldbesitz behandelt werden. Für die Entscheidung über das Eigentumsrecht an Weiden und Huten gelten ähnliche Grundsätze; vgl. auch Grimm, S. 90.

151) Vgl. Ztschr. 30, 159; abgedruckt bei Rintelen, S. 44 ff.

152) Vgl. den Rechtsstreit Zimmermann u. Gen. gegen Gemeinde Kammerbach (Schrifttumsverzeichnis S. XIV) wegen Herausgabe des Eigentums. In diesem Rechtsstreit hat die Gemeinde einredeweise ihr Eigentumsrecht mit Erfolg geltend gemacht. Die von den Beteiligten im Jahre 1888 abgegebene Erklärung, daß das Eigentum den Nutzungsberechtigten zustehe, hatte lediglich berichtigenden Charakter.

153) Vgl. oben S. 10.

äußert sich in einer gleichmäßigen Uebung, verbunden mit der rechtlichen Ueberzeugung der Beteiligten[154]).

Rechtliche Gesichtspunkte allein können bei der Entscheidung der Frage nicht als entscheidend angesehen werden. So ist es nicht richtig, wenn das pr. Oberverwaltungsgericht die Ansicht vertritt, daß der Rechtsgrund der Nutzung entscheidend sei. Beruhe dieser auf dem öffentlich rechtlichen Titel der Gemeindemitgliedschaft, liege Gemeinde(=glieder)vermögen vor. Beruhe das Nutzungsrecht auf einem Privatrechte, so ständen die Grundstücke im Eigentum der Nutzungsberechtigten[155]). — Wir haben oben gesehen[156]), daß auch Privatrechte am Gemeindevermögen bestehen.

Herkommen kann nur aus den tatsächlichen Verhältnissen erkannt werden. Anhaltspunkte für die Entscheidung kann beispielsweise der Umstand abgeben, wer das Grundstück verwaltet. Haben die Nutzungsberechtigten die Verwaltung des Grundstücks, so wird dies für ihr Eigentum sprechen. Wenn die Verwaltung von der Gemeindebehörde geführt wird, ist zu prüfen, ob die Nutzungsberechtigten die Verwaltung der Gemeinde übertragen haben, so daß diese die Verwaltung an Stelle der Berechtigten führt. Daß die Gemeinde die Verwaltung führt, ist besonders dort häufig festzustellen, wo von jeher die Mehrzahl der Gemeindeglieder Nutzungsberechtigte waren[157]). — Wenn die Verwaltung sich aber derart äußert, daß die Gemeindebehörde und die Gemeindekörperschaft seit jeher Beschlüsse fassen, die das Nutzungsvermögen betreffen, und durch die sogar die Verwendung der Nutzungen bestimmt wird, so wird darin ein Anhaltspunkt für Eigentum der politischen Gemeinde zu finden sein[158]). — Weiter ist beachtlich, an wen die Einnahmen aus der Verwaltung, z. B. Forststrafgelder, geflossen sind, und von wem die Kosten der Verwaltung, z. B. die Bezahlung der Hauer getragen worden sind[159]). — Dagegen kann nicht als erheblich angesehen werden, daß die Nutzungsberechtigten seit jeher die Grundsteuer getragen haben; denn die kurh. Grundsteuer ist — worauf auch noch später einzugehen sein wird[160]) — nicht vom Grund und Boden, sondern von den Nutzungen erhoben worden[161]). — Vor allem aber ist zu beachten, wie die Nutzungen selbst verwandt und verteilt worden sind. Fließen sie ganz in die Gemeindekasse, so spricht diese Tatsache für Eigentum der politischen Gemeinde[162]). Anders wieder, wenn die Verwendung der Nutzungen im Interesse der Gemeinde erst nach Zustimmung der Nutzungsberechtigten möglich ist[163]).

Vielfach erhält die Gemeindekasse einen Teil der Nutzungen. Diese Teilnahme an den Nutzungen kann das Entgelt für die Ver-

---

154) Vgl. Ztschr. 15, 158, abgedruckt bei Rintelen, S. 8 ff.; Grimm, S. 65, 76.
155) Vgl. Pr. VBl. 23, 52; dieser Entscheidung folgt Brauchitsch.
156) S. 17.
157) Vgl. Grimm, S. 80, 82 ff., 89; Ztschr. 24, 319 = Heus. Ann. 26, 113.
158) Vgl. Grimm, S. 81.
159) Vgl. Ztschr. 25, 63 (abgedruckt bei Rintelen, S. 28 ff.).
160) Vgl. unten S. 50; vgl. auch das Urteil des Oberlandesgerichts Kassel in der Sache Zimmermann u. Gen. gegen Gemeinde Kammerbach.
161) Vgl. Ztschr. 25, 63; 24, 319; Grimm, S. 78, 89.
162) Vgl. Grimm, S. 80.
163) Vgl. Ztschr. 24, 319 = Heus. Ann. 26, 413.

waltung der Grundstücke darstellen; sie kann aber auch ihren Grund darin haben, daß die Gemeinde einen oder mehrere Nutzungsteile erworben hat[164]). Wenn aber die politische Gemeinde über die Erträgnisse des Waldes seit jeher nach ihren Bedürfnissen verfügt hat, und die Berechtigten nur auf eine jährliche Verlosung angewiesen waren, so spricht dieser Umstand für Eigentum der politischen Gemeinde[165]). Hatte die Gemeindebehörde jedoch von jeher die gesamten Nutzungen an die Berechtigten auszuhändigen, verfügten diese über sie, und erhielt die Gemeindekasse keinen oder nur einen geringen Anteil an ihnen, so wird man die gegenteilige Ansicht vertreten können[166]). Je größer der Teil der Nutzungen ist, den die eine oder andere Seite erhält, umsomehr wird für deren Eigentum sprechen. — Da die tatsächliche Uebung auf einer rechtlichen Ueberzeugung der Beteiligten beruhen muß, wird schließlich zu ermitteln sein, wen die Beteiligten selbst für den Eigentümer gehalten haben.

Bei der Entscheidung der Frage wird man niemals diesen oder jenen Umstand allein bewerten dürfen. Die Entscheidung muß unter Würdigung aller Umstände des Falles getroffen werden. Als Eigentümer der Grundstücke wird der Teil anzusehen sein, dem nach der Art der Verwaltung der Grundstücke und der Verteilung der Nutzungen offenbar ein umfassenderes Recht als ein Nutzungsrecht zusteht[167]).

Es bleibt noch die Frage der Beweislast und der Beweisführung zu erörtern. — Was zunächst die Frage der Beweislast betrifft, so ließe sich eine Rechtsvermutung zu Gunsten des Eigentums der Nutzungsberechtigten rechtfertigen. Wenn — so könnte die Beweisführung etwa lauten[168]) — einerseits feststeht, daß eine von zwei Personen das Eigentum an einer Sache hat, andererseits feststeht, daß die eine früher als die andere Inhaberin des Rechts gewesen ist, muß ein Uebergang des Eigentums auf die andere nachgewiesen werden. — Hierbei übersieht man aber, daß die Gemeindeordnung von 1834 die Realgemeinde zwar nicht beseitigt hat[169]), daß diese aber häufig bereits lange vor Inkrafttreten dieses Gesetzes auch in vermögensrechtlicher Hinsicht in die politische Gemeinde übergegangen war. Gemäß dieser geschichtlich begründeten Regel spricht die Vermutung für Eigentum der politischen Gemeinde. Es bedarf eines besonderen Nachweises, daß die Realgemeinde ihre vermögensrechtliche Selbständigkeit gegenüber der politischen Gemeinde gewahrt hat[170])[171]).

---

164) Vgl. Grimm, S. 86 f.
165) Vgl. Grimm. S. 80; Ztschr. 19, 310.
166) Vgl. Grimm, S. 80, 86.
167) So insbesondere OLG. Kassel in dem Rechtsstreit Zimmermann u. Gen. gegen Gemeinde Kammerbach (Schrifttumsverz. S. XIV). Das Landgericht hatte angenommen, daß die Berechtigten die Nutzungen der Gemeinde ohne Anerkennung einer Verpflichtung und unter Vorbehalt des Widerrufs überlassen hatten. Das Reichsgericht hat das Urteil des OLG. bestätigt. Vgl. auch Ztschr. 24, 319 (abgedruckt bei Rintelen, S. 26).
168) Vgl. Grimm, S. 75.
169) Vgl. oben S. 11.
170) Diese Ansicht hat schon das Oberappellationsgericht in Kassel vertreten (vgl. Heuf. Ann. 2, 559 ff.; insb. S. 569 f.; 7, 381, ff.). Dieselbe Ansicht vertritt das Revisionskollegium für Landeskulturſachen in Heuf. Ann

Die Nutzungsberechtigten müssen also im Streitfall ihr Eigentum nachweisen. Dieses Beweises sind sie nur enthoben, wenn sie als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sind und also die Vermutung des § 891 BGB. für sie streitet. Diese Vermutung gilt nach ständiger Rechtsprechung selbst dann, wenn die Eintragung unter Verletzung formeller Vorschriften vorgenommen worden ist[172]). Zu Beweiszwecken selbst werden vor allem frühere Gemeindeinventarien, Gemeinderechnungen und Steuerkataster, insbesondere aus der Wende des 18. und 19. Jahrhunderts, heranzuziehen sein[173]). Aus den Gemeinderechnungen ist z. B. zu ersehen, in welchem Umfang die politische Gemeinde an den Erträgen der Grundstücke beteiligt war. — Keine Aufklärung vermögen die General-Währschafts- und Hypothekenbücher zu geben. Da die Grundstücke nicht Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs waren, das schon sehr früh geführte Währschaftsbuch[174]) aber nur eine Sammlung der vollzogenen Grundstücksgeschäfte, das 1801 zunächst für den Bezirk der Kasseler Regierung eingeführte — General-Währschafts- und Hypothekenbuch nur ein Generalregister zu beiden Büchern — dem Währschafts- und dem Hypothekenbuch — darstellt[175]), bestand keine Möglichkeit, daß sie in diesen eingetragen wurden[176]).

26, 413 = Ztschr. 24, 319. Das OLG. in Kassel hat sich dieser Ansicht in Heus. Ann. 25, 360 ff angeschlossen. Vgl. weiter die Entscheidung des OLG. in Sachen Gemeinde Kleinenglis gegen Waldinteressenten und — besonders ausführlich — in Sachen Zimmermann u. Gen. gegen Gemeinde Kammerbach. Das Reichsgericht hat diesen Standpunkt in der Kammerbacher Entscheidung gebilligt. — Vgl. Stobbe, S. 508; Gierke, Pr.R. I, 604; Plett, S. 30. A. A. Brandt, S. 127, Z. 45; Meisner — Stern, S. 417. Anm. 7.

171) Grimm, S. 67 f., schließt aus zwei Umständen auf eine Fortdauer der Realgemeinde: Einmal daraus, daß die Zahl der Nutzungsanteile zu einer Zeit, wo unzweifelhaft die Realgemeinde noch bestanden hat, sich zu einer festgeschlossenen unveränderlichen fixiert hätte, weiter daraus, daß die Anteile als selbständige Vermögensobjekte nur durch privatrechtlichen Titel erworben und wie jedes andere Privatrecht veräußert werden können. — Danach ist in Oberhessen das Eigentum an den gemeinen Gebräuchen zumeist nicht auf die politische Gemeinde übergegangen (Grimm, S. 88).

172) So OLG. Kassel in dem Kammerbacher Fall. Vgl. im übrigen das Schrifttum zu § 891 BGB. und unten S. 39.

173) Vgl. die eingehenden Ausführungen in Ztschr. 25, 63, abgedruckt bei Rintelen S. 29; wegen der Steuerkataster Heus. Ann. 2, 564; Grimm, S. 77.

174) Vgl. Strippel, S. 37 ff.

175) Vgl. Strippel, S. 99 f. Einen Ueberblick über die Entwicklung des kurhessischen Grundbuchwesens geben Theobald, S. 150 (jedoch zum Teil nicht ganz zutreffend, worüber unten S. 50 Anm. 224), Achilles-Strecker, S. 19 f., Strippel, S. 32 ff., 37 ff., 70 ff., 99 ff.

176) Vgl. Strippel, S. 63 ff.

2. Teil:

I. Die Rechtsnatur des Verbandes der Nutzungsberechtigten.

II. Begriff und Rechtsnatur des Gemeindenutzungsrechts.

I.

§ 4.

Die Rechtsnatur des Verbandes der Nutzungsberechtigten.

Das BGB. hat die Rechtsverhältnisse der Verbände der Nutzungsberechtigten unberührt gelassen. Gemäß Artikel 164 EGBGB. bleiben für Realgemeinden und die ihnen ähnlichen Nutzungsverbände die bisherigen landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft[1]). Dabei macht es keinen Unterschied, ob diese Verbände juristische Personen sind oder nicht[2]), und ob die Berechtigung der Mitglieder an Grundbesitz gebunden ist oder nicht. Hierher gehören nicht nur die alten Realgemeinden, sondern auch die durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründeten Verbände, denen eine Waldung mittels Gemeinheitsteilung oder Forstservitutenablösung als Gesamtabfindung überwiesen worden ist[3]).

Die Rechtsnatur dieser Ueberreste der alten Markverfassung ist ebenso streitig, wie die Rechtsnatur der Markgenossenschaft selbst. Bei der Aehnlichkeit der Gebilde kann nicht zweifelhaft sein, daß aus den Erörterungen über die Rechtsnatur der Markgenossenschaft Gesichtspunkte für die Entscheidung bezüglich der Rechtsnatur der heutigen Verbände entnommen werden können. Es soll deshalb auf die Streitfrage, welche Rechtsnatur die Markgenossenschaft gehabt hat, im folgenden kurz eingegangen werden[4]).

---

[1]) Vgl. Staudinger Bem. 4E zu Art. 164.

[2]) Die Vorschrift bildet gegenüber Art. 162, 173 EG. eine Sonderbestimmung. Für Gemeinschaften zur gesamten Hand gilt das frühere Recht nach allg. Grundsätzen; vgl. Habicht, S. 316.

[3]) Vgl. Staudinger, Anm. 4B zu Art. 164.

[4]) Einen Ueberblick über die Meinungen findet man bei Bergdolt, S. 155 f., Stobbe, S. 506; Heusler, Anm. 2, 592 f.

Nach Heusler[5]) war die juristische Persönlichkeit der Mark- und Dorfgemeinschaft von Anfang an vorhanden. — Von anderen wird vielfach Miteigentum nach Bruchteilen angenommen mit der Maßgabe, daß jeder Mitberechtigte gewissen Beschränkungen in der Ausübung seines Rechtes unterworfen war. Stets wurde den einzelnen Berechtigten das Recht, Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, versagt. Dieser Ansicht ist z. B. Duncker[6]), dessen Arbeit auf Quellenstudien zu beruhen scheint[7]). Auch konnte die Möglichkeit, über den Anteil zu verfügen, beschränkt sein. — Die neuere deutschrechtliche Wissenschaft sieht in der Markgenossenschaft eine Erscheinungsform des typisch deutschrechtlichen Gesamteigentums oder gemeinschaftlichen Eigentums, worunter sowohl das Eigentum zur gesamten Hand als auch das genossenschaftliche Gesamteigentum begriffen werden[8]). Insbesondere Gierke hat immer wieder dargelegt, daß die Markgenossenschaft eine Gesamtheit sei, welche „Einheit und Vielheit zugleich" war. Das Eigentum sei zwischen der Gesamtheit der Genossen und den einzelnen Genossen verteilt gewesen. Es liege sonach „genossenschaftliches Gesamteigentum" vor[9]).

Für welche Ansicht man sich auch immer entscheiden mag, so wird man — wie auch Stobbe[10]) hervorhebt —, keine allgemeine Konstruktion für die Rechtsnatur der Markgenossenschaft aller Landschaften und Zeiträume aufstellen können. Es muß die konkrete Gestaltung der Verhältnisse in den einzelnen Marken ins Auge gefaßt werden (Stobbe).

Römisch-rechtlich geschultem Denken liegt die Annahme eines Miteigentums nach Bruchteilen, wenn auch mit den erwähnten, sich aus dem Recht der Gesamtheit ergebenden Beschränkungen, oder die Annahme einer juristischen Person am nächsten[11]). „Das römische Recht ging von dem Satz aus: Das Eigentum ist die ausschließliche und vollständige Herrschaft einer Person über eine Sache. Somit können nie zwei zugleich Eigentümer an derselben Sache sein; denn wenn beide es wären, so könnte ja keiner den anderen ausschließen, und folglich hätte keiner von beiden vollständige und unbeschränkte Herrschaft. Daher sind die Miteigentümer zwar zu ideellen Quoten, nicht aber zum Ganzen Eigentümer, ... Wo sich dagegen eine Mehrheit findet, die Eigentum hat, ohne daß der Begriff dieses Miteigentums darauf paßte, da schaffen die Römer eine künstliche Einheit in der juristischen Person, welcher sie sodann alles Eigentum zuschreiben, ohne daß sie daneben auch noch den einzelnen Menschen, welche jene Gesamtheit bilden, irgend welches Eigentumsrecht zugestehen"[12]).

---

[5]) S. 262 ff.
[6]) S. 165 f.
[7]) Kritisch zu Duncker vgl. jedoch Gierke, Pr.R. II, 377, 379, insbesondere Anm. 17.
[8]) Vgl. Gierke, Pr.R. II, 382 ff., Gen.R. II, 170, 175, 178 und dazu Heusler, S. 273; Hübner, S. 120, 229 ff.
[9]) So auch Hübner, S. 120.
[10]) S. 506.
[11]) Vgl. Gierke, Pr.R. II, 376.
[12]) So Duncker, S. 18.

Gerade aber mit der aus dem römischen Recht aufgenommenen Denkform des Miteigentums nach Bruchteilen oder — deutlicher — zu „gesonderten ideellen Anteilen“[13]) vermag die Erscheinung der Markgenossenschaft nicht voll erklärt zu werden. Erschöpft sich doch gerade das Recht des Einzelnen bei der Markgenossenschaft nicht in seinem Anteil[14]). Vielmehr ergreift das Recht der Einzelnen in personenrechtlicher Verbundenheit auch das Sachganze. — Von einer Rechtspersönlichkeit der Markgenossenschaft im Sinne des universitas des römischen Rechts wird aber auch nicht gesprochen werden können. Der Gedanke, daß die Vereinigung der Markgenossen eine ihnen selbständig gegenübertretende „fremde Drittperson“ sei, ist sicher den einfachen Landbewohnern nicht gekommen. Die juristische Person ist eine künstliche, auf einer Abstraktion beruhende Rechtsform, die sich nur auf einer fortgeschrittenen Stufe der juristischen Begriffsentwicklung gebildet haben kann[15]). Die Entwicklung der Markgenossenschaft zur juristischen Person gehört also einer späteren Zeit an und mag am ehesten bei großen, sich über mehrere Dorfschaften erstreckende Markgenossenschaften eingetreten sein. Auch dort, wo das Anteilsrecht gleich einer Sache an Ausmärker verkauft werden konnte und dadurch der nachbarliche Zusammenhang verloren ging, trat eine Entwicklung zu einer der Genossenschaft gegenübertretenden, nach innen und außen selbständigen Rechtspersönlichkeit ein[16]). Der Ansicht Heuslers ist also nicht zuzustimmen[17]). Sonach bleibt nur die deutschrechtliche Theorie des gemeinschaftlichen Eigentums übrig. Regelmäßig wird „ein Teil der im Eigentum enthaltenen Befugnisse der Gesamtheit der Genossen als solcher“ zugestanden haben, während „der andere Teil den einzelnen Genossen als Mitgliedern der Gesamtheit überlassen war“[18]). Es stand der Gesamtheit insbesondere das Verfügungsrecht über die Allmende im ganzen zu, während die Nutzung den einzelnen Genossen zukam. Sonach verbanden sich „Eigentumsrecht der Gesamtheit als solcher“ und „Eigentumsrechte der Mitglieder dieser Gesamtheit“[19]). Es liegt sonach genossenschaftliches Gesamteigentum vor. — Aber auch „Eigentumsgemeinschaften zur gesamten Hand“[20]) dürften vorgekommen sein[21]).

Bei der Entscheidung der Frage nach der Rechtsnatur der neueren Realgemeinden und der ihnen ähnlichen Wirtschaftsverbände wird man ebensowenig einen allgemeinen Grundsatz aufstellen können, wie bei der Entscheidung nach der Rechtsnatur der Markgenossenschaft[22]). Das genossenschaftliche Gesamteigentum hat sich vielfach zu sog. körperschaftlichem Gesamteigentum oder zum anteilmäßigen Miteigentum entwickelt, wozu es, wie Gierke ausgeführt hat[23]), den Keim in sich enthielt. Weiter ist dann auch Entwicklung zur reinen Verbandsperson eingetreten. Körperschaftliches Gesamteigentum un-

---

13) Gierke, a.a.O.
14) Vgl. Gierke, Pr.R. II, 376, 378.
15) Vgl. Ztschr. 37, 346 ff., insb. S. 350.
16) Vgl. Haff, Pr.R. S. 66; nach Duncker, S. 187, spricht die freie Veräußerlichkeit des Anteilsrechts für Miteigentum nach Bruchteilen.
17) Nach Haff, Persönlichkeitslehre, S. 63, ist sie auch durch die neueren Untersuchungen widerlegt worden.
18) So Hübner, S. 231.

terscheidet sich vom Alleineigentum der juristischen Person dadurch, daß — ähnlich wie beim genossenschaftlichen Gesamteigentum — die Eigentumsrechte zwischen der Verbandsperson und ihren Angehörigen verteilt sind[24]), die Rechte der einzelnen, also keine „Rechte an fremder Sache", sondern Ausflüsse des Eigentums sind. Das kurhessische Rechtsleben kennt die Rechtsformen des Miteigentums[25]), des Gesamteigentums (worunter wohl in erster Linie die Gemeinschaften zur gesamten Hand verstanden werden) und der Genossenschaft (vgl. auch § 1 der Verordnung vom 13. 5. 1867)[26])[27]).

Welche Form im einzelnen Falle gegeben ist, wird sich oft nicht leicht feststellen lassen[28]). Im folgenden kann nur zu den wichtigsten Zweifelsfragen Stellung genommen werden.

Die Unterschiede zwischen Miteigentum nach Bruchteilen und Gesamthandsgemeinschaft stehen zwar theoretisch fest, doch gehen gerade hier die Formen leicht ineinander über[29]). Das ist heute selbst bei gesetzlichen Regelungen der Fall, so z. B. bei der nach dem Gesamthandsprinzip geregelten Erbengemeinschaft, wo in mancher Hinsicht Regeln der Bruchteilsgemeinschaft Anwendung finden[30]). Auch heute wird man größtenteils die Verbände als reine Miteigentumsverhältnisse nach Bruchteilen, wenn auch mit gewissen Beschränkungen des Einzelrechts, nur selten auffassen können[31]). Anderseits können auch bei Gesamthandsgemeinschaften den Teilhabern Anteile zustehen, die in Bruchteilen ausgedrückt sind und, wie Gierke sagt[32]), ein dem Gesamtrecht gegenüber selbständiges Sonderrecht von sachenrechtlichem Gehalt gewähren. Daß die Anteile der Verfügung des Teilhabers entzogen sind, ist nur bei den strengen Formen der Gemeinschaft der Fall[33]). Selbst Unauflöslichkeit der Gesamthandsverhältnisse gehört nicht zum Wesen der Gesamthand[34]). — Andererseits sind im Laufe der Entwicklung unter dem Einfluß deutschrechtlicher Gedanken den Miteigentumsverhältnissen nach Bruchteilen Gestaltungsformen gegeben worden, die an und für sich der Gesamthand eigentümlich sind. Durch die Einheit der Sache, auf die sich die Anteilsrechte beziehen, wird meist von selbst eine Gemeinschaft unter den einzelnen Berechtigten herbeigeführt. Bei der Miteigentumsgemeinschaft nach dem BGB. steht z. B. kraft Gesetzes die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes den Teilhabern gemeinschaftlich zu (§ 744, Abs. 1)[35]). Dauernder Ausschluß des Rechts, Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, durch Vertrag zu vereinbaren, wurde für zulässig gehalten[36]). Trotzdem unterscheiden sich

---

[19]) So Hübner, a.a.O.
[20]) Vgl. Gierke, Pr.R. II, 381.
[21]) Hiergegen mit wohl unzureichenden Gründen Heusler, S. 269 f., 273.
[22]) Vgl. Ztschr. 30, 159, abgedr. bei Rintelen, S. 47.
[23]) Angeführt nach Hübner, S. 231.
[24]) Vgl. Gierke, Pr.R. II, 382 f.; Hübner, S. 231 f.
[25]) Derartige Bruchteilsgemeinschaften sind reine schuldrechtliche „Innengesellschaften" (ohne Gesamthand), im Gegensatz zu den auf dem Gesamthandsgrundsatz aufgebauten, nach außen einheitlich auftretenden Gemeinschaften (Außengesellschaften). Bei jener ist ein einheitl. Auftreten d. Gesellschafter nach außen nicht möglich. Weitere Beispiele: die röm. und gemeinrechtl. societas und die stille Gesellschaft des HGB.
[26]) Vgl. Heus. Ann. 2, 571.

Bruchteilseigentum und Gesamthandseigentum trotz der gewissen „personenrechtlichen Verbundenheit" der Teilhaber bei der ersteren. Die erstere ist auch in ihrer neueren Ausgestaltung lediglich eine Verwaltungsgemeinschaft, bei der das Eigentumsrecht in den einzelnen Teilbereichen belassen ist, während die Gesamthand eine Eigentumsgemeinschaft darstellt[37]).

Die Prüfung, ob sich die ursprünglichen Gemeinschaftsverhältnisse zu juristischen Personen entwickelt haben, wird meist nicht einfach sein[38]). Es ist nämlich eine Eigenart des deutschen Verbandsrechts, daß der Vielheitscharakter der Verbände selbst in der Gegenwart vielfach noch nicht vollständig von dem Einheitsrecht der juristischen Person verdrängt worden ist[39]). — Deshalb wäre stets noch besonders zu prüfen, ob Alleineigentum einer Verbandsperson oder körperschaftliches Gesamteigentum vorliegt. — Die Rechtspersönlichkeit der Realverbände beruht weder auf der Eintragung in einem Register noch auf Verleihung seitens der Staatsgewalt. Zur Feststellung einer juristischen Person genügt aber nach herrschender Lehre die mittelbare Anerkennung durch die Rechtsordnung[40]). — Eine mittelbare Anerkennung sieht Gierke[41]) darin, daß diese Verbände mit Ausdrücken, wie „Gemeinde", „Genossenschaft" bezeichnet werden. Während es in ALR. § 23, II, 7 ausdrücklich heißt, daß die Nutzungsberechtigten unter sich „keine besondere Korporation", sondern eine bloße „Klasse" mit „gemeinschaftlichem Privatvermögen" bilden und unter den Begriff der „erlaubten Privatgesellschaften" fallen, fehlt in unserem Rechtsgebiet eine derartige Bestimmung. Dagegen kommt die Bezeichnung „Genossenschaft" in Gesetzen häufig vor (vgl. z. B. den Ministerialbeschluß vom 28. April 1828[42]) und § 13 des Gesetzes vom 25. Oktober 1834[43])). Aus der preußischen Gesetzgebung für

---

[27]) So auch Gierke, Pr.R. I, 614, bes. Anm. 11, 19; 673; II, 388.
[28]) Vgl. z. folg. auch d. Erörterungen in Ztschr. 37, 350 ff.
[29]) Gierke, Pr.R. I, 660.
[30]) Vgl. Hübner, S. 688 f.
[31]) Vgl. Gierke, Pr.R. II, 378.
[32]) Pr.R. I, 677; II, 389.
[33]) Vgl. Gierke, Pr.R. II, 391.
[34]) Vgl. Hübner, S. 687.
[35]) Vgl. Gierke, Pr.R. II, 384 f.
[36]) Vgl. Gierke, Pr.R. II, 386.
[37]) Vgl. Gierke, Pr.R. II, 387.
[38]) Im Gebiete des ehemaligen Königreichs Hannover sind demgegenüber die Rechtsverhältnisse der Realgemeinden geregelt. Durch das Gesetz vom 5. Juni 1888 (GS. S. 233) betr. die Verfassung der Realgemeinden in der Provinz Hannover ist den Realgemeinden die Eigenschaft einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft verliehen worden, wenn eine Regelung ihrer Verfassung stattgefunden hat. — Ueber die unzulängliche Regelung der Rechtsverhältnisse der Realgemeinden im allgemeinen vgl. Kluckhuhn, S. 174 ff., 198.
[39]) Haff, Persönlichkeitslehre, S. 65.
[40]) Vgl. Gierke, Gen.R. I, 687, Pr.R. I, 614, Haff, Persönlichkeitslehre, S. 153, Plett, S. 46 f.
[41]) a.a.O.
[42]) Vgl. oben S. 9.
[43]) Vgl. oben S. 12.

Kurhessen ist das bereits oben angeführte Gesetz vom 25. Juli 1876 (Art. 3)[44]) zu erwähnen, wo zwischen Genossenschaft und Klasse von Personen unterschieden wird. Dagegen geht das für das ganze Staatsgebiet erlassene Gesetz vom 14. März 1881[45]) sichtlich davon aus, daß die Berechtigten im Verhältnis zu einander Miteigentümer sind, wenn es von „Holzungen, an welchen das Eigentum mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht", spricht[46]). — Auch wo die Rechtsordnung schweigt oder — wie die kurh. Gem.O. im § 70 — auf das Herkommen verweist, wird Rechtspersönlichkeit bei allen Verbänden angenommen werden können, die sich aus dem ehemaligen Gemeindeverbande losgelöst haben[47]), also nicht ohne weiteres bei den Verbänden, die im Zusammenhang mit einem Auseinandersetzungsverfahren geschaffen worden sind.

Aber weder Bezeichnung noch Ursprung der Verbände werden als entscheidend angesehen werden können, wenngleich, was den ersten Gesichtspunkt betrifft, von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist, ob die Bezeichnung darauf schließen läßt, daß der Verband in der Vorstellung der Beteiligten eine Einheit bildet oder ob ihn die Beteiligten als eine reine Vielheit ansehen. Daß die Anteilsrechte veräußerlich und vererblich sind, spricht nicht gegen die Rechtsfähigkeit des Verbandes[48]). Immer wird die Organisation des Verbandes in Betracht zu ziehen sein. Sie muß jedenfalls über eine auch bei einer Bruchteilsgemeinschaft meist vorhandene Verwaltungsgemeinschaft und über die „genossenschaftliche" Organisation der Gesamthand hinausgehen[49]). Es kommt darauf an, ob die Berechtigten eine dem Einzelnen entgegentretende und von ihrem Ausscheiden unabhängige Personeneinheit bilden. Eine Verbandsperson von derart selbständigem Dasein kann vielleicht schon angenommen werden, wo nicht mehr einstimmig, sondern nach Mehrheitsgrundsätzen Beschlüsse gefaßt werden, Verfügungen mit gesamter Hand also aufgehört haben[50]). Auch eine Verfassung wird ein Verband, wenn ihm Rechtsfähigkeit zuerkannt werden soll, haben müssen. Als solche können bereits Bestimmungen über Erwerb und Verlust der Nutzungsrechte betrachtet werden[51]). Schließlich wird für erforderlich zu halten sein, daß gewisse Organe zur Vertretung des Verbandes nach außen vorhanden sind.

Unbedenklich wird man gewisse größere Realverbände, wie die oben[52]) erwähnten großen Märkerschaften, die in sich wieder engere Märkerschaften bilden, als juristische Persönlichkeiten anerkennen können. Beide haben von jeher einen ständigen Vertreter, die Märkerschaft von Felsberg in dem jeweiligen Bürgermeister von Fels-

---

[44]) Vgl. oben S. 13.
[45]) Vgl. oben S. 13.
[46]) Vgl. Güthe—Triebel, S. 1943, 2107 f.
[47]) Vgl. Gierke, a.a.O.; Plett, S. 47.
[48]) Vgl. ausführlich Plett, S. 48 ff.
[49]) Vgl. Ztschr. 37, 352.
[50]) Vgl. einerseits Bergdolt, S. 157, andererseits Ztschr. 37, 352.
[51]) Vgl. Ztschr. 30, 159 (abgedr. bei Rintelen, S. 44); 37, 354.
[52]) S. 1.

berg, der noch heute den Titel eines Obermärkers führt, die von Neuenbrunslar in dem Bürgermeister von Neuenbrunslar[53]).

Wo die Merkmale einer Verfassung und Organisation fehlen, wird, wenn die Berechtigten frei oder auch mit Beschränkungen über ihre Anteile verfügen können, deutschrechtlich gestaltetes Miteigentum nach Bruchteilen anzunehmen sein, wobei das Recht auf Teilung durch unvordenkliche Verjährung oder durch Gewohnheitsrecht ausgeschlossen ist[54]). — Ist dagegen das Nutzungsrecht mit dem Besitze eines Hauses verbunden und führt der Erwerb des Hauses zum Erwerb des Rechts, so ist dieser Umstand mit der Annahme eines Miteigentums nach Bruchteilen unvereinbar, denn er ist kein hinreichender Titel für den Erwerb eines Anteils. In diesem Falle ist zu prüfen, ob ein Gesamthandsverhältnis oder eine Verbandsperson vorliegt. Ohne Vorliegen besonderer Umstände wird letzteres aber nicht anzunehmen sein[55]).

II.

§ 5.
Begriff des Gemeindenutzungsrechts.

Das Gemeindenutzungsrecht tritt in mannigfachen rechtlichen Erscheinungsformen auf. Soweit sich die Wirtschaftsgemeinde erhalten hat, besteht das Recht des Einzelnen in einem Eigentumsanteil, sei es an Miteigentum, Gesamthandseigentum der Berechtigten oder genossenschaftlichem oder körperschaftlichem Gesamteigentum, oder, wenn der Verband der Berechtigten eine reine juristische Person (Genossenschaft) bildet, in einem Recht an fremder Sache. Ein solches liegt auch vor, wenn es sich um ein Privatrecht am Vermögen der politischen Gemeinde handelt[56]). — Häufig sind die Erscheinungsformen des Gemeindenutzens derart miteinander verbunden, daß die Berechtigung in dem Recht auf Nutzung des einen Grundstücks und in dem ideellen Miteigentumsrecht an dem andern Grundstück besteht[57]). Schließlich kommt das Recht als öffentlich-rechtliche Berechtigung vor.

Unter einem Gemeindenutzen im engeren Sinne hat man lediglich ein Recht an fremdem Grundstück zu verstehen[58]). Begrifflich ist das Gemeindenutzungsrecht sonach ein anteiliges Nutzungsrecht mannig-

---

[53]) Nach Angaben des Amtsgerichts Sontra in dem Gutachtenband (S. 49 ff., 85 seines Gutachtens).

[54]) Das Grundbuchamt für den ländlichen Bezirk um Kassel hat die Berechtigten in allen Fällen als Miteigentümer nach Bruchteilen aufgefaßt. Bei fast allen Verbänden handelt es sich aber um solche, die erst infolge einer Ablösung der Nutzungsrechte geschaffen worden sind; vgl. Kluckhuhn, S. 21.

[55]) Vgl. Ztschr. 37, 350.

[56]) Vgl. hierzu Grimm, S. 71.

[57]) Vgl. Boxberger, S. 276, 299, 301.

[58]) Vgl. OLG. Kassel in kurh. M. 1, 11; s. auch Heus. Ann. 2, 554. A. A. Boxberger, S. 276.

fachen Inhalts, das einer Person auf Grund eines bürgerlich-rechtlichen Verhältnisses oder als Angehörigen einer Personenmehrheit an einem in fremdem Eigentum stehenden Grundstück zusteht[59])[60]).

Im weiteren Sinne rechnet man auch Miteigentumsrechte zu den Gemeindenutzungsrechten. — Zur Klarstellung sei bemerkt, daß keine Gemeindenutzungsrechte sind diejenigen Vorteile, die die Gemeinde ihren Angehörigen als solchen in der Mitbenutzung von Gemeindeanstalten (Armenhaus, Wege, Brunnen, Schulen) bietet, weiter nicht die Vorteile, welche die Angehörigen mittelbar aus den der Gemeinde zufließenden, die Steuerlast mindernden oder aufhebenden Erträgen des Kämmereivermögens ziehen[61]).

Die Berechtigungen am Gemeindevermögen selbst ergeben sich entweder aus der Angehörigkeit zur Gemeinde, oder aus einem bürgerlichrechtlichen Verhältnis.

Gierke teilt die Rechte am Gemeindevermögen ein in: bürgerliche Nutzung, freies Privatnutzungsrecht und mitgliedschaftliches Sondernutzungsrecht[62]). Bürgerliche Nutzungen sind reine Mitgliedschaftsrechte. Sie werden mit der Gemeindemitgliedschaft erworben und verloren, sind ebensowenig wie die Mitgliedschaft übertragbar, haben untereinander gleichen Inhalt und unterliegen der Verfügung der Gemeindegewalt[63]). Das Recht gehört dem öffentlichen Recht an. Die beiden andern Arten sind bürgerlichrechtliche Berechtigungen, die sich im folgenden Punkt von einander unterscheiden: während die freien Privatnutzungsrechte lediglich auf individuellem Rechtstitel beruhen, haben die mitgliedschaftlichen Sondernutzungsrechte ihre Wurzel sowohl in dem individuellen Rechtstitel als auch in der Mitgliedschaft in der Gemeinde[64]). Allerdings können auch freie Privatnutzungsrechte an die Gemeindemitgliedschaft gebunden sein. Hierin liegt aber, wie Gierke sagt[65]), nur eine Besonderheit ihres Titels, nicht ein Stück Gemeindeverfassung. — Der praktische Unterschied zwischen den beiden Arten von bürgerlichrechtlichen Berechtigungen wird in dem Abschnitt über den Rechtsschutz[66]) zu zeigen sein.

Alle drei Arten von Berechtigungen kommen auch in unserm Gebiet vor. Soweit es sich um ein aus der Zugehörigkeit zu einer privaten Genossenschaft entspringendes Recht handelt, liegt ein mitgliedschaftliches Sondernutzungsrecht vor[67]). Mitgliedschaftliche Sondernutzungsrechte an reinem Gemeindevermögen kommen dagegen

---

[59]) Vgl. Bähr, kurh. M. S. 266.

[60]) Es gibt auch — bürgerlich-rechtliche — Berechtigungen, die nicht den Einzelnen, sondern der Gemeinde oder der Genossenschaft der Berechtigten zustehen, deren Ausübung diese ihren Angehörigen lediglich überlassen hat (sog. Gemeindeservituten). Vgl. hierüber Gierke, Theorie, S. 201, 208; Meisner-Stern, S. 368. Charakteristisch für das Gemeindenutzungsrecht ist aber, daß das Recht dem einzelnen Berechtigten zusteht (vgl. Kurh. M. 1, 11).

[61]) Vgl. OVG. 18, 135.

[62]) Vgl. Gierke, Gen.R. I, 684, Theorie, S. 198 ff., insb. S. 199, 224, Pr.R. I, 606 ff.

[63]) Vgl. Gierke, Pr.R. I, 607.

[64]) Vgl. Gierke, Theorie, S. 202, 205; Pr.R. I, 606, 611.

[65]) Pr.R. I, 612; Theorie, S. 202; Gruch. 45, 642.

[66]) Vgl. unten § 15.

in unserm Gebiete nicht vor. In dieser Ausgestaltung des Rechts liegt, wie Gierke sagt[68]), der letzte Rest der für die alte Markgemeinde eigentümlichen Verflechtung von publizistischem Gemeinderecht und wirtschaftsgenossenschaftlichem Individualrecht. Diese Verflechtung ist durch die Gemeindegesetzgebung des 19. Jahrhunderts großenteils beseitigt worden[69]). Die neuere Gesetzgebung kennt deshalb fast nur die „Alternative zwischen reinem Mitgliedschaftsrecht in der Gemeinde und freiem Privatrecht gegen die Gemeinde“[70]). Zu diesen Gesetzen gehört auch die kurh. Gemeindeordnung von 1834[71]). Die maßgebliche Bestimmung dieses Gesetzes (§ 24) läßt nicht erkennen, daß für den bürgerlichrechtlichen Gemeindenutzen neben dem Titel auch die Gemeindemitgliedschaft fundamentum juris ist. — Soweit eine private Berechtigung an die Zugehörigkeit zur Gemeinde geknüpft ist, ist diese lediglich ein tatsächliches Erfordernis, von der die Ausübung des an sich außerhalb des Gemeindeverbandes begründeten Rechts abhängt[72]). —

Gegenstand dieser Arbeit im Folgenden wird nur das Gemeindenutzungsrecht im engeren Sinne sein. Das Gemeindenutzungsrecht im weiteren Sinne bietet keine theoretischen Besonderheiten. Erheblich größer ist seine praktische Bedeutung, da der Verband der Berechtigten selten eine juristische Person bildet. So bestehen bei der Behandlung im Grundbuch wesentliche Unterschiede zwischen der Eintragung eines Nutzungsrechts und eines Eigentumsanteils. Deshalb soll im Grundbuchteil dieser Arbeit auch das Recht im weiteren Sinne behandelt werden. — Gleichfalls ausgeschlossen von der Behandlung sind die gemeinschaftlichen Verhältnisse, die erst durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründet worden sind[73]). Da auch sie praktische Bedeutung haben, sollen sie bei sich bietender Gelegenheit, insbesondere zur Hervorhebung einer unterschiedlichen Behandlung, erörtert werden[74]).

§ 6.

Entstehung und Untergang des Gemeindenutzungsrechts. Die Zugehörigkeit der Berechtigung zum bürgerlichen oder öffentlichen Recht.

A. Entstehung und Untergang des öffentlich-rechtlichen Gemeindenutzungsrechts.

Das öffentlich-rechtliche Gemeindenutzungsrecht, d. i. die Berechtigung, die entweder allen Gemeindeangehörigen (Gemeindegliedervermögen) oder einzelnen Gemeindeangehörigen als solchen (Gemeindegliederklassenvermögen, Klassenberechtigung) zusteht, beruht

---

[67]) Vgl. Gierke, Theorie, S. 212.
[68]) Vgl. Gierke, Theorie, S. 205, 210.
[69]) Vgl. Merk, S. 101.
[70]) Vgl. Gierke, Theorie, S. 199, 225.
[71]) Vgl. Gierke, Theorie, S. 225, insb. Anm. 2.
[72]) Vgl. Gierke, Theorie, 202.
[73]) Vgl. oben S. 13 f.
[74]) Vgl. unten S. 55, 64, auch kurh. M. 1, 11.

auf dem Verfassungsrecht der Gemeinde[75]). Oertliches Verfassungsrecht entsteht entweder durch Ortsgesetz (Ortsstatut, Satzung)[76]) oder durch Gewohnheitsrecht (Observanz, Herkommen)[77])[78]). Demgemäß kommt auch das öffentlich-rechtliche Gemeindenutzungsrecht durch Ortsstatut (Widmung) und Observanz zur Entstehung.

Was insbesondere die Entstehung durch Observanz betrifft, so bestehen keine Bedenken, sie als Quelle des Nutzungsrechts zuzulassen[79]). Einschränkende Bestimmungen über die Rechtsbildung durch Gewohnheitsrecht bestehen nicht. Unser Gebiet gehört zu den Landstrichen, in denen gemeines Recht galt. In einem solchen Gebiet reicht die Kraft des Gewohnheitsrechts weiter als in den Gebieten der partikularen Gesetzgebung. Gewohnheitsrechtliche Rechtsbildung ist insbesondere aber überall da zulässig, wo statutarische Autonomie besteht[80]). Durch die Gemeindeordnung von 1834 war die Weiterbildung der Gemeindeverfassung durch Observanz nicht ausgeschlossen[81]). Inwieweit sich Observanz gegen ausdrückliche Vorschriften des geschriebenen Rechts entwickeln kann, ist streitig[82]). Das Oberverwaltungsgericht steht offenbar auf dem Standpunkt, daß dies nicht möglich ist[83]). — Für eine observanzmäßige Rechtsbildung des Nutzungsrechts ist einmal erforderlich, daß die Grundstücke hergebrachtermaßen der Nutzung der Gemeindeangehörigen unterliegen[84]). Vorausgesetzt werden mehrere Nutzungshandlungen, Gleichförmigkeit derselben und ununterbrochene Wiederholung bei sich bietender Gelegenheit. Weiter ist erforderlich, daß sich die Beteiligten — Gemeinde und Berechtigte — darin einig sind, daß es sich bei der

---

[75]) Wer ein Nutzungsrecht behauptet, muß es nachweisen. Gemeindegliedervermögen wird nicht vermutet (vgl. die Anweisung des pr. Ministers des Innern zur Ausführung der LGO. unter B 1, abgedruckt in den Erläuterungsbüchern zur LGO.).

[76]) Vgl. LGO. §§ 5, 6; StO. §§ 12, 13; DGemO. § 3. Nach früherem Recht war zum Erlaß eines Ortsstatuts ein Beschluß der Gemeindevertretung und die Bestätigung durch die höhere Beschlußbehörde (Kreisausschuß, Bezirksausschuß) erforderlich. Der Entwurf des Statuts hatte vorher auszuliegen. Jeder Bürger hatte das Einspruchsrecht. Ob das Statut zu seiner Wirksamkeit der Veröffentlichung bedurfte, war streitig. — Darüber, wann ein Ortsstatut nötig war oder ein Gemeindebeschluß genügte, vgl. Antoni, StO. S. 52. — — Nach § 55 Abs. 1, Z. 4 DGemO. muß der Bürgermeister vor Erlaß einer Satzung den Gemeinderäten Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Im übrigen ist § 3 DGemO. zu vergleichen.

[77]) Vgl. Gierke, Pr.R. I, 171.

[78]) Vgl. auch Strippel, Küsterlehrerstelle, S. 143 ff., der einen Unterschied zwischen Observanz und Herkommen macht. Er stellt das letztere neben die Ersitzung und die unvordenkliche Verjährung.

[79]) Vgl. Gierke, Pr.R. I, 173.

[80]) Vgl. Pr. VBl. 33, 231 (234) mit Hinweis auf Literatur, Gierke, Pr.R. I, 171.

[81]) Vgl. OVG. 45, 171; vgl. auch LGO. §§ 118 f.; StO. §§ 93 f.

[82]) Vgl. Gierke, Pr.R. I, 172 f., Haff, Pr.R. S. 24.

[83]) So z. B. nicht gegen das kurh. Gesetz vom 29. 11. 1833 zur gleichförmigen Ordnung der besonderen Rechtsverhältnisse der Israeliten (vgl. oben S. 9), wodurch die Juden unbeschränkt zur Gemeindenutzung zugelassen wurden (OVG. 76, 122).

[84]) Vgl. OVG. 15, 191; auch Gierke, Pr.R. I, 164 ff.

Nutzung um die Ausübung eines Rechtes handelt[85]). Diese Ueberzeugung (Opinio juris) muß erwiesen werden. Die Beweisführung ist bei ihr als innerem Vorgang nicht unmittelbar möglich; die Ueberzeugung muß deshalb aus den Handlungen der Beteiligten geschlossen werden[86]). Die Ueberzeugung ist nicht vorhanden, wenn auch nur die Gemeindebehörde die Gewährung der Nutzung als Vergünstigung auffaßt oder keine Einigkeit darüber vorhanden ist, ob das Recht ein öffentliches oder privates Recht ist. Das Vorliegen derartiger „Besitzfehler" nachzuweisen, ist aber Sache der Gemeinde[87]). — Vielfach beruht die Uebung auf irrtümlicher Annahme eines Rechts. Kann sich in diesem Falle eine Observanz bilden? Bei jeder, das Recht abändernden Observanz steht die Uebung mit dem geltenden Recht nicht im Einklang und ist die Ueberzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit des Handelns mehr oder minder durch einen Rechtsirrtum beeinflußt. Der Rechtsirrtum hindert stets dann die Bildung der Observanz, wenn er der Beweggrund für die Uebung gewesen ist, d. h. wenn die Uebung nach Meinung der Beteiligten auf Anwendung eines vermeintlichen, tatsächlich aber nicht bestehenden Rechtsgrundsatzes oder einer falschen Rechtsauslegung beruht hat. Im Gegensatz hierzu stehen die Fälle, wo die Ueberzeugung dem allgemeinen Rechtsgefühl entsprungen ist, daß die Nutzung nach Lage der Dinge dem Recht und der Billigkeit entspreche[88]). Dieser Mangel des Rechtsirrtums wird erst geheilt, wenn der Irrtum als solcher erkannt ist, die Uebung aber trotzdem fortgesetzt wird, oder wenn die Uebung auch ohne Nachweis klarer Erkenntnis eine so lange, Generationen umfassende Zeit befolgt wird, daß die ursprüngliche Veranlassung dem Bewußtsein der Uebenden völlig schwindet und an ihrer Stelle allmählich die Ueberzeugung von der rechtlichen, aus den Umständen geschöpften Notwendigkeit tritt[89]). Bei einer 30jährigen Dauer der Uebung ist diese Voraussetzung noch nicht gegeben[90]). — Was im übrigen die Zeitdauer betrifft, die zur Begründung einer gewohnheitsrechtlichen Regel erforderlich ist, so beantwortet sich diese Frage nach dem, durch die Einzelheiten des Falles bestimmten richterlichen Ermessen[91]).

Der Untergang des Rechts wird durch einen Verzicht auf die Berechtigung, der besonders häufig gegen Zahlung einer Abfindung durch die Gemeinde vorkommt, nicht herbeigeführt. Eine öffentlichrechtliche Berechtigung kann durch ein bürgerlich-rechtliches Rechtsgeschäft nicht mit öffentlich-rechtlicher Wirkung berührt werden. Die Geltendmachung der Berechtigung entgegen dem Verzicht widerspricht aber meist dem Grundsatz von „Treu und Glauben", der auch im öffentlichen Recht Anwendung findet[92]).

Dagegen wird das Recht durch eine Aenderung der örtlichen Verfassung der Gemeinde beeinflußt. Wie Verfassungsrecht durch Orts-

85) Vgl. Pr. VBl. 27, 321; 33, 234.
86) Vgl. OVG. 45, 173.
87) Vgl. Pr. VBl. 33, 231 (234).
88) Vgl. OVG. 45, 172; 91, 29; vgl. aber auch Gierke, Pr.R. I, 167 f.
89) So OVG. 45, 172.
90) So OVG. 91, 30.
91) So OVG. 45, 174.
92) Vgl. OVG. 88, 97 = Pr. VBl. 52, 739; auch bereits Heus. Ann. 1, 707.

ſtatut (Satzung) und Obſervanz entſteht, kann ſie auch durch dieſelben Rechtstatſachen geändert werden. — Das Nutzungsrecht kann durch Obſervanz nicht nur beſchränkt werden, ſondern auch erlöſchen. Obſervanzmäßiges Erlöſchen hat zur Vorausſetzung, daß die Berechtigten aufhören, die Nutzungen zu ziehen, insbeſondere zulaſſen, daß die Gemeinde die Erträge der Grundſtücke verwertet und den Erlös ausſchließlich im Intereſſe des Gemeindehaushalts verwendet. Auch die Berechtigung einzelner Klaſſen der Gemeindeangehörigen kann im Wege örtlichen Herkommens eine Einſchränkung erfahren oder wegfallen[93]). — Hinſichtlich der opinio juris und des Einfluſſes eines Rechtsirrtums gelten die eben behandelten Rechtsgrundſätze entſprechend. Was die Beweislaſt betrifft, ſo iſt davon auszugehen, daß die Beteiligten die rechtlichen und tatſächlichen Verhältniſſe, in denen ſie leben, kennen. Wenn ſie von einem Herkommen abweichen, das bisher beſtanden hat, kann angenommen werden, daß die Abweichung eine bewußte und gewollte iſt, wenn nicht aus den Umſtänden erhellt, daß die Beteiligten in Anwendung eines vermeintlich beſtehenden Rechts oder auf Grund von unrichtigen tatſächlichen Vorausſetzungen handelten[94]).

Zur Aenderung der Gemeindeverfaſſung hinſichtlich der Nutzungen genügt ein einfacher Gemeindebeſchluß. Die Gemeindeverfaſſung gewährt dem Einzelnen niemals ein ſelbſtändiges, wohlerworbenes Recht, das dem Berechtigten die Befugnis verleiht, die Gemeinde auch gegen ihren Willen zur Fortgeſtattung der Nutzung zu zwingen. Die Nutzung iſt lediglich Ausfluß des einſeitigen Korporationswillens. Der Einzelne hat auch kein Recht darauf, daß die Gemeinde ihre Verfaſſung nicht ändert[95]). Auch durch die Entrichtung eines Einkaufsgeldes[96]) kann ein Recht auf dauernde Zulaſſung zu den Gemeindenutzungen nicht erworben werden[97]). — Bereits die Einbehaltung eines Teils der Nutzungen zu Gemeindezwecken ſtellt eine Umwandlung in dieſem Sinne dar[98]). — Sonach iſt die Beſtimmung, daß Gemeindegliedervermögen in Ortsvermögen umgewandelt werden kann (vgl. StO. § 53, LGO. § 39, 78), ſelbſtverſtändlich[99]). — Der Erlaß eines Ortsgeſetzes (Satzung) iſt hierzu weder nach früherem noch nach geltendem Recht nötig, wenn auch mit Rückſicht auf die Bedeutung des Falles zu empfehlen. Der Beſchluß des Bürgermeiſters iſt vor dem Erlaß mit den Gemeinderäten durchzuberaten (vgl. § 55 Abſ. 1 Z. 9 D.Gem.O.). Der Genehmigung der Aufſichtsbehörde bedarf es in dieſem Falle nicht (vgl. § 106 D.Gem.O.)[100]).

---

93) Vgl. OVG. 45, 171 ff.; 69, 137 (139) (beide für heſſ.-naſſ. Recht).

94) Vgl. OVG. 45, 173.

95) Vgl. OVG. 24, 93 = kurh. M. 4, 279; 45, 171; Pr. VBl. 24, 87; 27, 320; 39, 603; Gierke, Theorie, S. 200.

96) Vgl. unten S. 63.

97) Vgl. Pr. VBl. 24, 87, 180; OVG. 80, 49.

98) Vgl. Pr. VBl. 33, 230; OVG. 69, 137 (beide für heſſ.-naſſ. Recht).

99) Die Befugnis zur Umwandlung in reines Gemeindevermögen ergibt ſich auch aus dem Eigentumsrecht der Gemeinde (vgl. OVG. 24, 93; 80, 43).

100) Vgl. Surén — Loſchelder, Kommentar, S. 117. — Ueber die Umwandlung nach den Gemeindeverfaſſungsgeſetzen von 1897 vgl. StO. § 53; LGO. §§ 39, 77, 78, Abſ. 2.

Das Recht zur Umwandlung von Gemeindegliedervermögen bestand bis zum Erlaß des § 70 des Gem.Fin.G. überhaupt nicht, wenn sich die Berechtigung nicht oder nicht nur aus der Gemeindeverfassung, sondern aus einem neben der Gemeindeangehörigkeit bestehenden Verhältnis ergibt. — Ein solcher Fall liegt vor, wenn die Nutzung nicht lediglich auf dem einseitigen Willen der Korporation beruht, sondern auf einem Vertrage, durch den die Nutzungsflächen den Berechtigten überlassen worden sind[101]). — Ein häufigerer, deshalb im Gesetz ausdrücklich erwähnter Fall, ist der des Gemeindegliederklassenvermögens[102]). In diesem Fall steht das Nutzungsrecht nicht sämtlichen Gemeindeangehörigen, sondern nur einzelnen Gemeindeangehörigen als solchen zu (St.O. § 53, LGO. § 39), sei es, daß die Berechtigten durch räumliche Grenzen (z. B. Wohnen innerhalb der Ringmauer), sei es, daß sie durch die Zugehörigkeit zu einzelnen Klassen der Gemeindeangehörigen bestimmt werden (St.O. § 55 Abs. 1 Z. 2; LGO. § 41 Abs. 1 Z. 2). In allen diesen Fällen war nach den Gemeindeverfassungsgesetzen von 1897 zu einer Beschränkung oder Aufhebung der Berechtigung Zustimmung der sämtlichen Berechtigten erforderlich. — Diese Rechtslage ist hinsichtlich des Gemeindegliederklassenvermögens durch § 70 pr. Gem.Fin.G., der von der D. Gem.O. unberührt geblieben ist[103]), geändert worden. Danach kann auch dieses Vermögen, wenn auch nur gegen angemessene Entschädigung, in freies Gemeindevermögen umgewandelt werden[104]).

Wer aus dem Bestehen eines Sonderrechts Ansprüche herleitet, hat die Beweislast für dessen Bestehen[105])[106]). Observanzmäßige Bildung von Gemeindegliederklassenvermögen kann z. B. dadurch erfolgen, daß der Kreis der Nutzungsberechtigten im Laufe der Zeit immer kleiner wird, bis schließlich nur noch Hausbesitzer nutzungsberechtigt sind[107]). — Hausbesitz kann ein Merkmal für Vorliegen einer Klassenberechtigung selbst in Landgemeinden abgeben, wo nach der geschichtlichen Entwicklung nicht der Besitz eines Wohnhauses, sondern der Besitz eines landwirtschaftlichen Besitztums Grundlage für die Stellung des Gemeindeangehörigen war[108]). Es ist also nicht nötig, daß die Berechtigung an den Besitz bestimmter Häuser, z. B. der sogenannten Erb- oder Gerechtigkeitshäuser, der sog. Reihehäuser geknüpft ist[109]). — Dagegen bilden die Kuhhalter keine „Klasse" in der Gemeinde[110]). Im übrigen läßt sich ein einheitliches Merkmal für den Begriff „Klasse" im Sinne dieser Vorschriften weder für Städte noch für Landgemeinden aufstellen. Die Merkmale sind

---

101) Vgl. OVG. 24, 93 f.
102) Vgl. den Aufsatz von v. Loewenstein; OVG. 24, 89; 88, 95; 91, 25.
103) Vgl. Surén — Loschelder, Kommentar, Anm. 4 zu § 65.
104) Vgl. unten S. 63.
105) Vgl. OVG. 24, 94.
106) Ueber die Auslegung von Ortsstatuten vgl. Pr. VBl. 36, 697; 48, 500 (beide für links-rheinisches Recht) zu dem Begriff „selbständiger Einwohner", insb. zu dem Erfordernis „eigener Haushalt und eigener Tisch". Eigene Feuerstätte wird nach Pr. VBl. 48, 500 nicht gefordert.
107) Vgl. Pr. VBl. 33, 230, 233; 39, 603; OVG. 69, 138; 88, 96; 91, 28.
108) Vgl. Pr. VBl. 33, 230.
109) Vgl. Pr. VBl. 27, 321; OVG. 5, 165.
110) Vgl. OVG. 5, 164 (für altpreußisches Recht).

örtlich verschieden. Notwendige Voraussetzung ist das Vorhandensein verschiedener Kategorien von Gemeindeangehörigen, unter denen die Gemeinderechte und -pflichten derart verschieden verteilt sind, daß diese Kategorien als solche gemeinsame Angelegenheiten betreiben und zu einander in rechtlichen Beziehungen treten[111]). — Kein Gemeindegliederklassenvermögen liegt vor, wenn neben den Hausbesitzern auch die als „Einliegerbürger" bezeichneten Mieter (Mietbürger) und die überbliebenen alten Bürger und Witwen nutzungsberechtigt sind[112]).

B. Entstehung und Untergang des bürgerlich-rechtlichen Gemeindenutzungsrechts.

Es handelt sich um Berechtigungen, die zumeist lange vor Inkrafttreten des BGB. entstanden sind. Das BGB. hat derartige Berechtigungen unberührt gelassen. Nach Artikel 184 E.G. bleiben nämlich Rechte, mit denen eine Sache (oder ein Recht) zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. belastet ist, mit sich aus den bisherigen Gesetzen ergebendem Inhalt und Rang bestehen[113]). Das bisherige Recht ist kurh. Recht und subsidiär gemeines Recht[114]).

So weit es sich um Nutzungsrechte an Wald handelt[115]), kann es mitunter zweifelhaft sein, ob sie servitutarische Berechtigungen oder Reallasten sind[116]). Meist werden servitutarische Berechtigungen in Betracht kommen. Regelmäßig schuldet nämlich der Eigentümer des der Nutzung unterliegenden Grundstücks keine eigene Leistung, sondern ist nur zur Duldung der Entnahme verpflichtet (vgl. § 1005 BGB.). Der Umstand, daß die Gemeinde das Holz vielfach anzuweisen hat, vermag allein die Annahme einer Reallast nicht zu rechtfertigen[117]).

Die Bezeichnung der Berechtigungen als Servituten darf nicht dazu verleiten, sie für Prädial- oder Personalservituten im Sinne des römischen Rechts zu halten[118]). Zur Prädialservitut gehört begriffsnotwendig, daß die Berechtigung von dem berechtigten Grundstück untrennbar ist, zur Personalservitut, daß sie von dem jedesmaligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks nicht getrennt werden kann. Das selbständig veräußerliche und vererbliche Recht kann also weder eine Prädial- noch eine Personalservitut im Sinne des römischen Rechts sein. Das Gleiche gilt für das Recht, das mit dem Grundbesitz untrennbar verbunden ist. Es mangeln ihm die weiteren Er-

---

111) So OVG. 91, 28 unter Bezugnahme auf OVG. 5, 164.
112) Vgl. OVG. 91, 25.
113) Die dort angeführten Artikel 192 bis 195 enthalten keine auf die Berechtigungen bezügliche Bestimmung. Auch Satz 2 des Artikels gilt nicht für das Gemeindenutzungsrecht, da dieses keine Grunddienstbarkeit darstellt (vgl. hierzu unten S. 41).
114) Vgl. Platner, Vorwort; Förster—Eccius, 1. Band, 6. Aufl., S. 19.
115) Ueber die einzelnen Arten der Forstberechtigungen vgl. Meisner — Stern, S. 438.
116) Vgl. u. a. Meisner-Stern, S. 371, 434, weiter die Entscheidung bei Rintelen, S. 76 ff. — Die Ablösung der Rechte ist verschieden geregelt; vgl. oben S. 12.
117) Vgl. Rintelen, S. 78, 82, 88, 89.
118) Vgl. auch Renaud, S. 95 ff.

forderniſſe einer römiſch-rechtlichen Servitut: die Utilität = Vorteil für das herrſchende Grundſtück und die Vizinität = benachbarte Lage des dienenden und des herrſchenden Grundſtücks[119]). — Das deutſche Recht kennt von jeher eine größere Mannigfaltigkeit der Rechte an Grundſtücken als das römiſche Recht mit der ihm eigenen geſchloſſenen Zahl der dinglichen Rechte. Mit der Aufnahme des römiſchen Rechts in Deutſchland konnte die Wiſſenſchaft zwar an den Tatſachen nichts ändern, ſuchte die Rechte aber unter den römiſch-rechtlichen Servitutenbegriff unterzuordnen. Dabei verkannte man häufig die Gründe für die Ausgeſtaltung der Berechtigungen, ſo z. B. die Unzertrennlichkeit der Berechtigung vom Grundbeſitz. Hierin erblickte man das Merkmal der Utilität für das herrſchende Grundſtück, während ſie ihren wirklichen Grund in der genoſſenſchaftlichen Nutzung und Verteilung des Grundbeſitzes hatte[120]). Man mußte ſich weiter entweder dazu bequemen, römiſch-rechtliche Merkmale ganz fallen zu laſſen, oder ſie ſoweit zu dehnen, daß die Einbeziehung deutſchrechtlicher Verhältniſſe möglich war. — So iſt der Gemeindewald zum Grundbeſitz des Berechtigten meiſt nie ſo gelegen, daß das Merkmal der Vizinität der Grundſtücke erfüllt war. Dieſes Merkmal ließ man ganz fallen. Das Erfordernis der Utilität wurde ſo weit ausgedehnt, daß es genügend erſchien, wenn die Berechtigung „domino fundi utilis“ war. Insbeſondere brauchte aber nach deutſchrechtlichen Grundſätzen die Dienſtbarkeit nicht lediglich dem Nutzen eines beſtimmten Grundſtücks zu dienen. Sie kann auch zu Gunſten eines territorialen oder perſonalen Kreiſes beſtellt werden, wenn nur das durch die Servitut zu befriedigende Bedürfnis konkret begrenzt iſt und den Charakter der Dauer trägt[121]). Selbſt veräußerliche und vererbliche Rechte wurden nach den Grundſätzen der Servitut behandelt[122]).

Nach gemeinem Recht konnten die Berechtigungen — ſei es als Servitut, ſei es als Reallaſt — durch formloſen Vertrag begründet werden. Seit Inkrafttreten der Verordnung vom 13. Mai 1867 iſt dieſer Entſtehungsgrund ſogar der einzige, ſo weit es ſich um Servituten handelt (§ 31 d. V.). Durch § 25 d. Geſ. vom 23. Juli 1876[123]) iſt bei Reallaſten auch die vertragliche Begründung ausgeſchloſſen worden. — Der Eintragung im Grundbuch bedurfte es in keinem Fall. Dingliche Wirkſamkeit erhielten Verträge über Grundgerechtigkeiten in unſerm Gebiet nach § 3 Abſ. 2 d. Geſ. über das Grundbuchweſen in dem Bezirk des Appellationsgerichts zu Caſſel vom 29. Mai 1873 (GS. S. 273) aber erſt mit der Eintragung im Grundbuch.

In den meiſten Fällen läßt ſich die Ausübung des Rechts nicht auf einen nachweislichen Erwerbstitel zurückführen. Es handelt ſich um eine von altersher beſtehende Berechtigung, deren geſchichtliche Entſtehungstatſachen im einzelnen nicht mehr aufzuklären ſind. In

---

[119]) Vgl. Bähr, kurh. R. S. 266; Gierke, Pr.R. II, 634 ff.; Schwabacher, S. 40.
[120]) Vgl. Schwabacher, S. 40; Duncker, S. 167.
[121]) Vgl. Ztſchr. 19, 310 (abgedruckt bei Rintelen, S. 93), RG. [illegible], 132 = Seuff. A. 37, Nr. 9, Seuff. A. 41, Nr. 173.
[122]) Vgl. Seuff. A. 36, Nr. 108.
[123]) Vgl. oben S. 13.

diesem Falle können sich die Berechtigten auf Ersitzung oder unvordenkliche Verjährung berufen[124]). Seit Inkrafttreten der Verordnung vom 13. Mai 1867 kann ein derartiger Rechtserwerb durch Ersitzung oder unvordenkliche Verjährung nicht mehr stattfinden[125])[126]). Der Lauf der erwerbenden Verjährung (d. i. Ersitzung) wird mit demselben Zeitpunkt unterbrochen (§ 31)[127])[128]). — Durch „Herkommen" im Sinne von örtlichem Gewohnheitsrecht, Observanz kann keine Nutzungsberechtigung entstehen, denn Gewohnheitsrecht kann nur Quelle objektiven Rechts sein[129]).

Gemeinsam sowohl für den Erwerb durch Ersitzung als auch durch unvordenkliche Verjährung, ist, daß solche Rechte nur für ein bestimmtes Rechtssubjekt oder zu Gunsten eines bestimmten Grundstücks für den jedesmaligen Eigentümer desselben entsteht. Dadurch, daß das Recht für eine Person, ein Grundstück oder eine Mehrzahl entstanden ist, entsteht es noch nicht für andere, auch wenn diese sich sonst in gleicher Lage befinden[130]).

Was zunächst die Möglichkeit der Ersitzung von Nutzungsrechten betrifft, so wird hierfür — mag es sich um Grundgerechtigkeiten oder um Reallasten handeln — ununterbrochener, fehlerloser Besitzstand während einer gesetzlich bestimmten Ersitzungszeit gefordert[131]). Nicht erforderlich ist ein Titel für den Erwerb des Besitzes. Daß es sich meist um sog. servitutes discontinuae handelt, d. h. um solche Servituten, bei denen eine fortdauernde, ununterbrochene Besitzausübung nicht stattfindet, vielmehr nur einzelne Ausübungsakte vorkommen, steht einer Ersitzung nicht entgegen. Auch ist kein Erfordernis, daß wenigstens einmal im Jahr Ausübungshandlungen vorgenommen werden[132]). — Nach römischrechtlichen Grundsätzen durfte der Besitz weder clam (heimlich) noch vi (durch Anmaßung), noch precario (auf Widerruf) erworben worden sein. Nach einer Entscheidung des Reichs-

---

[124]) Strippel, Küsterlehrerstelle, S. 143 ff., kennt daneben noch das Institut des „Herkommens". Er gebraucht diesen Begriff nicht im Sinne von „Observanz".

[125]) Vgl. Meisner — Stern, S. 458.

[126]) Im gemeinen Recht verstand man unter „Verjährung" sowohl die Entstehung von Rechten durch Ausübung während eines gewissen Zeitraums (Akquisitivverjährung, Ersitzung) als auch das Erlöschen und die Entkräftung von Rechten durch Nichtausübung während eines bestimmten Zeitraums (Extinktivverjährung). Das BGB. versteht unter Verjährung nur die Extinktivverjährung in der Form der Anspruchsverjährung (vgl. §§ 194 ff.).

[127]) Vgl. die in Sachen Gemeinde Kleinenglis gegen Interessenten zitierte Entscheidung des Oberlandeskulturgerichts vom 14. 5. 1880.

[128]) Die gleiche Bestimmung enthält der bereits erwähnte § 25 d. Ges. vom 23. 7. 1876 bzgl. der Reallast.

[129]) Vgl. Ztschr. 17, 88 = OTr. 55, 109 (abgedruckt bei Rintelen, S. 16 ff.), RG. 33, 199; Ztschr., S. 37, 257; Gruch., 42, 1022; Meisner — Stern, S. 472.

[130]) Vgl. RG. 33, 201; Pr. VBl. 33, 231. Anders die Wirkung des durch Gewohnheitsrecht entstandenen Rechtssatzes, vgl. oben S. 32.

[131]) Vgl. hierzu u. a. Windscheid, S. 740, 969 ff., Dernburg, S. 609 ff., Platner, S. 130 ff., 223 ff., Meisner — Stern, S. 457 ff., 466.

[132]) Vgl. weiter Ztschr. 34, 189, abgedruckt bei Rintelen, S. 124 f.

gerichts vom 23. 6. 1896 kann aber eine Servitut ohne Mitwirken des Eigentümers des belasteten Grundstücks durch einseitige, unmittelbar auf die Sache einwirkende Handlungen, unabhängig von dem Wissen und Willen des Eigentümers erworben und ausgeübt werden. Die Ersitzung vollzieht sich demgemäß durch einseitige Handlungen. Die Reallast kann dagegen nur erworben werden, wenn die ihren Gegenstand bildende Leistung von dem Eigentümer des Grundstücks entrichtet worden ist[133]). — Der Besitz muß unter Anwesenden 10 Jahre, unter Abwesenden 20 Jahre ausgeübt worden sein[134]). Eine Unterbrechung der Ersitzung tritt durch Erhebung der Klage ein. Es genügt aber bereits außergerichtlicher Widerspruch des Eigentümers[135]). — Langjährige Besitzausübung kann aber allein noch nicht zur Annahme der Ersitzung führen. Hinzu muß kommen, daß die Berechtigten den Besitz mit dem Willen ausgeübt haben, dabei von einem Recht Gebrauch zu machen. Da dieses Recht sowohl ein Privatrecht als auch ein öffentliches Recht sein kann, ist zu fordern, daß sie der Ueberzeugung waren, daß ihnen das Recht als Privatrecht, nicht etwa auf Grund ihrer Zugehörigkeit zur Gemeinde, zustehe[136]).

Was die Beweislast anlangt, so hat der Berechtigte lediglich zu beweisen, daß die Besitzhandlungen in der Ersitzungszeit fehlerlos waren[137]). Das Vorhandensein von Besitzfehlern hat der Eigentümer des in Anspruch genommenen Grundstücks zu beweisen. Für die Ueberzeugung, daß ein Recht ausgeübt wird, streitet an und für sich die Vermutung[138]). Der Nachweis, daß die Ueberzeugung, ein Privatrecht auszuüben, bestanden hat, ist jedoch erforderlich[139]). Diese Ueberzeugung kann als innerer Vorgang nicht unmittelbar bewiesen, sondern muß aus den gesamten Umständen geschlossen werden. Die Berechtigten sind nur dann ihrer Beweispflicht enthoben, wenn das Recht für sie im Grundbuch eingetragen ist (§ 891 BGB.). Formelle Mängel im Eintragungsverfahren vermögen die Geltung dieser Vermutung nicht zu beeinträchtigen[140]).

Die Ausübung des Rechts seit unvordenklicher Zeit, die sog. unvordenkliche Verjährung, hat nicht die Entstehung eines Rechts zur

---

133) Vgl. Ztschr. 33, 128, abgedruckt bei Rintelen, S. 124 r; auch RG. 25, 147; Meisner — Stern, S. 463.

134) Abwesend ist derjenige, der seinen Wohnsitz im Bezirk eines anderen Oberlandesgerichts hat als in dem das angeblich dienende Grundstück liegt. Vgl. Meisner — Stern, S. 466.

135) Vgl. Ztschr. 29, 114, abgedruckt bei Rintelen. S. 125 o.

136) Vgl. Ztschr. 17, 88 = OTr. 55, 109; 26, 166; 29, 294 — sämtlich abgedruckt bei Rintelen, S. 16, 34. 37 —; Ztschr. 37, 256; Seuff. A. 43, Nr. 88; Meisner — Stern, S. 460 f.

137) Vgl. Meisner — Stern, S. 465.

138) Vgl. Meisner — Stern, S. 461.

139) Vgl. die Entscheidungen oben, Anm. 136.

140) So war die Rechtslage in der Sache Gemeinde Kleinenglis ./. Waldinteressenten (Schrifttumsverzeichnis S. XIV). Die Gemeinde klagte gegen diese auf Einwilligung in die Löschung des eingetragenen Nutzungsrechts mit der Begründung, den Interessenten stehe ein beschränkteres Nutzungsrecht als das eingetragene zu. Die darüber hinausgehende Nutzung stehe ihr zu. — Die Gemeinde hat den Rechtsstreit in 3 Instanzen verloren. Das Urteil des Reichsgerichts ist abgedruckt in Z. f. Agr. u. W.R. 7, 279.

Folge, sondern begründet nur die Rechtsvermutung, daß ein Zustand, welcher seit Menschengedenken besteht, in einer nicht mehr festzustellenden Zeit rechtswirksam begründet worden ist[141]). Die unvordenkliche Verjährung bildet also keinen Erwerbsgrund für ein Recht, weshalb der Ausdruck „Verjährung" eigentlich falsch ist[142]). Trotzdem kehrt die Wendung, daß ein Recht durch „unvordenkliche Verjährung" erworben werde, immer wieder[143]). Der Einfachheit halber wird auch in dieser Arbeit von Erwerb durch „unvordenkliche Verjährung" gesprochen.

Zunächst sei nochmals[144]) darauf hingewiesen, daß das Rechtsinstitut seit Inkrafttreten der Verordnung vom 13. 5. 1867 (§ 31) an Bedeutung verloren hat: ein Erwerb des Rechts durch unvordenkliche Verjährung kann seit diesem Zeitpunkt weder beginnen noch vollendet werden[145]).

Im einzelnen gelten für den Rechtserwerb durch unvordenkliche Verjährung bezüglich des Besitzerwerbs, der Besitzausübung und der Willensrichtung des Erwerbenden die gleichen Rechtsgrundsätze wie bei der Ersitzung[146]). Nur die Dauer der Ausübung muß eine längere sein als bei der Ersitzung. Die Ausübung muß solange gedauert haben, daß die Kunde von einem anderen Zustand aus dem Gedächtnis der Menschen verschwunden ist. — Anders als bei der Ersitzung wird die unvordenkliche Verjährung weder durch erfolgloses Verbot noch durch Klageerhebung unterbrochen.

Was die Beweislast betrifft, so gelten dieselben Grundsätze wie bei der Ersitzung. Insbesondere muß der Berechtigte beweisen, daß er das Recht ausgeübt hat, in der Meinung, daß es sich um ein Privatrecht handele. — Hinsichtlich des Beweises der Dauer der Rechtsausübung gilt nach feststehendem Gerichtsgebrauch, daß nachzuweisen ist, der Zustand habe in der Erinnerung des lebenden Geschlechts (d. h. innerhalb der vergangenen 40 Jahre) so und nicht anders bestanden und die Kunde von einem anderen Zustand sei von den Vorfahren nicht überkommen. Je weiter die Zeit sich von dem Zeitpunkt, in dem die Verordnung vom 13. Mai 1867 in Kraft trat, entfernt, umso schwieriger wird der Nachweis zu führen sein. Wird jedoch erwiesen, daß die Berechtigten das Recht bereits in den 60er Jahren des vorigen Jahrhunderts ausgeübt haben, so begründet diese Tatsache die Vermutung, daß die Berechtigten das Recht auch schon vorher bis ins 18. Jahrhundert zurück besessen und zwar zu Recht besessen haben[147]).

Es ist oben ausgeführt worden[148]), daß seit der Verordnung vom 13. Mai 1867 ein Erwerb der Berechtigung durch Ersitzung oder un-

---

[141]) Vgl. Windscheid, S. 503, Dernburg, S. 372 ff., Platner, S. 135 ff., 233 ff; Gierke, Pr.R. I, 316; Meisner — Stern, S. 469; Habicht, S. 330.

[142]) Vgl. Enneccerus, S. 599, oben S. 38, Anm. 126.

[143]) Vgl. ALR. § 13 V 22; Ztschr. 25, 180, abgedruckt bei Rintelen, S. 125 w; RG. 33, 201.

[144]) Vgl. oben S. 38.

[145]) Unberührt geblieben durch BGB. (vgl. Art. 115 E.G.). Die Vorschrift wird übrigens bei Staudinger, IV, zu Art. 115, übersehen.

[146]) Vgl. oben S. 38 f.; wegen der Willensrichtung insb. Ztschr. 17, 88; 29, 294.

[147]) So OLG. Kassel in der Sache Gemeinde Kleinenglis ./. Waldinteressenten.

[148]) Vgl. oben S. 38 f.

vordenkliche Verjährung nicht mehr stattfinden kann[149]). Auch durch Rechtsgeschäft (und Eintragung) kann nach Inkrafttreten des BGB.[150]) eine Nutzungsberechtigung nicht mehr begründet werden. Das BGB. hat den Begriff der Grunddienstbarkeit dem des römischen Rechts angenähert[151]). Wenn es auch nicht mehr Vizinität der Grundstücke und perpetua causa fordert, so muß doch der Begriff der Utilität im römisch-rechtlichen Sinne erfüllt sein (§ 1019 BGB.). Das Gesetz hat den Kreis der dinglichen Rechte an Grundstücken geschlossen und verboten, daß ein nach dem BGB. unzulässiges Recht begründet werden kann (Art. 189 Abs. 1 Satz 3 EG.). Dieses Verbot gilt auch für die Landesgesetzgebung (Art. 55 EG.)[152]).

Hinsichtlich des Untergangs (Erlöschens) des bürgerlich-rechtlichen Gemeindenutzungsrechts ist, abgesehen von seinem Erlöschen durch Ablösung nach der Verordnung vom 13. Mai 1867[153]) zu unterscheiden, ob es sich um im Grundbuch eingetragene Rechte oder um nicht eingetragene Rechte handelt[154]).

Ist das Recht im Grundbuch eingetragen, so sind für seine Beendigung die Vorschriften des BGB. maßgebend (Art. 189 Abs.1, 3 EG.)[155]). Da das BGB. ein Erlöschen durch Nichtgebrauch nicht kennt, kommt von den Aufhebungsgründen des BGB. praktisch nur die Aufhebung durch Rechtsgeschäft in Betracht[156]). Zur Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück ist die Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe und die Löschung des Rechts im Grundbuch erforderlich. Die Erklärung des Berechtigten ist gegenüber dem Grundbuchamt oder gegenüber demjenigen abzugeben, zu dessen Gunsten sie erfolgt (§ 875 BGB.).

Der Untergang eines nichteingetragenen Rechts richtet sich nach den Vorschriften, die bis zum Inkrafttreten des BGB. galten (Art. 189 Abs. 3 EG.)[157]). Praktisch bedeutsam sind von den einzelnen

---

149) Das BGB. kennt eine Ersitzung von Reallasten überhaupt nicht, eine Ersitzung einer Grunddienstbarkeit nur im Rahmen von § 900 (Tabularersitzung). — Das Institut der unvordenklichen Verjährung hat das BGB. nicht aufgenommen. Nach herrschender Meinung gilt es in den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebieten fort (vgl. Enneccerus, S. 599; Staudinger, Vorbem. 10 zu §§ 194 ff.), was für unser Rechtsgebiet wegen § 31 der Verordnung vom 13. 5. 1867 ohne Bedeutung ist.

150) Nicht erst von dem Zeitpunkt an, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist.

151) Vgl. Gierke, Pr.R. II, 636.

152) Darüber, daß bei Inkrafttreten des BGB. bestehende Nutzungsberechtigungen fortbestehen, vgl. oben S. 36. Sie sind aber keine Grunddienstbarkeiten (vgl. Gierke, Pr.R. II, 637). Soweit es sich um unübertragbare Rechte handelt, fallen sie nicht unter den Begriff der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (vgl. Gierke, Pr.R. II, 638). Vgl. weiter Habicht, S. 425 ff.

153) Vgl. Meisner—Stern, S. 479; oben S. 12.

154) Vgl. Meisner—Stern, S. 473 ff.

155) Vgl. auch Staudinger, Bem. II, insbes. Z. 6 zu Art. 189.

156) Ueber weitere Aufhebungsgründe vgl. Meisner — Stern, S. 474 ff.

157) Ueber die einzelnen Aufhebungsgründe vgl. Meisner—Stern, S. 476 ff

Gründen die Aufhebung durch Verzicht[158]) und insbesondere die Aufhebung durch Nichtgebrauch (non usus, Verjährung)[159]). Der Grund für die Nichtausübung des Rechts ist gleichgültig. Ein Erlöschen tritt jedoch nicht ein, wenn die Ausübung des Rechts durch äußere Umstände unmöglich gemacht worden ist. Ein Verbot des Eigentümers und Servitutverpflichteten verhindert aber den Untergang des Rechts nicht. — Daß der Eigentümer einen Zustand herstellt, der dem Inhalt des Rechts widerspricht (usu—capio libertatis), also beispielsweise die Gemeinde die Nutzungen selbst zieht und in ihrem Interesse verwertet, wird nicht für erforderlich gehalten[160]). — Die Verjährungszeit beträgt 10 Jahre unter Anwesenden und 20 Jahre unter Abwesenden[161]).

C. Aeußere Merkmale für die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Natur der Berechtigung.

Soweit sich die Berechtigung aus der Zugehörigkeit des Berechtigten zu einer Genossenschaft (Interessentenschaft) ergibt, bedarf die Frage nach der Zugehörigkeit des Rechts keiner Erörterung. Das Recht ist bürgerlichrechtlicher Natur.

Wenn Nutzungen am Gemeindevermögen in Frage stehen, ist vielfach zweifelhaft, ob sich die Berechtigungen aus der Zugehörigkeit zur Gemeinde oder aus einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen Gemeinde und Berechtigten ergeben. Zweifel können vor allem auftauchen, wenn es sich um seit langer Zeit ausgeübte Rechte handelt, deren Entstehungstatsachen unbekannt sind. Zwischen der Entstehung durch Observanz und durch unvordenkliche Verjährung werden äußerlich oft keine erheblichen Unterschiede bestehen[162]). Bei der Entscheidung, ob eine öffentlich-rechtliche oder eine bürgerlich-rechtliche Berechtigung vorliegt, führen begriffliche Erwägungen allein selten zu einem Ergebnis. Stets werden äußere Merkmale der Berechtigung bei der Würdigung herangezogen werden müssen.

Die Entscheidung der Frage nach der Zugehörigkeit ist von größter praktischer Bedeutung. Wie oben[163]) ausgeführt worden ist, besteht bei einer öffentlich-rechtlichen Nutzung (sog. bürgerliche Nutzung) die Möglichkeit der Schmälerung, ja der Aufhebung durch Gemeindebeschluß, während das Privatnutzungsrecht dem Gemeindebeschluß völlig entrückt ist. Der Rechtsschutz ist verschieden geregelt: zum Schutz des öffentlichen Rechts ist das Verwaltungsstreitverfahren, zum

---

158) Wegen der hierauf bezüglichen Streitfragen, insbesondere zur Frage, ob einseitige Erklärung genügt oder Vertrag nötig ist, ist Meisner — Stern a.a.O. zu vergleichen.

159) Vgl. Meisner — Stern, S. 480.

160) Vgl. Meisner — Stern, S. 481 f.

161) Vgl. hierzu oben S. 39 Anm. 134.

162) Vgl. Pr. VBl. 33, 234, wo ausgeführt wird, daß die Kläger zwar Beweis unter dem — im öffentlichen Recht nicht verwertbaren — Gesichtspunkt der Verjährung angetreten haben, diesem Beweisantritt aber zum Zwecke der Feststellung einer Observanz stattgegeben werden könne (vgl. auch ebenda S. 231); auch Strippel, Küsterlehrerstelle, S. 143 ff., insb. S. 145.

163) S. 30.

Schutz des bürgerlichen Rechts der ordentliche Rechtsweg gegeben[164]). — Nur die bürgerlichrechtliche Berechtigung kann im Grundbuch eingetragen werden[165]). — Nur die bürgerlichrechtliche Berechtigung unterliegt der Ablösung nach der Verordnung vom 13. Mai 1867[166]).

Die Entscheidung der Frage erleichtert eine in der Rechtsprechung des pr. Obertribunals aufgestellte Rechtsvermutung. Berechtigungen, die von Gemeindeangehörigen am Gemeindevermögen geltend gemacht werden, haben im Zweifel öffentlich-rechtlichen Charakter. Wer sie als privatrechtlich in Anspruch nimmt, hat Tatsachen hierfür darzutun und zu beweisen[167]). Diese Vermutung findet ihre Rechtfertigung in der geschichtlichen Regel, daß sich die Berechtigung meist derart entwickelt hat, daß sie sich lediglich aus der Gemeindeangehörigkeit ergibt[168]). Es ist oben[169]) ausgeführt worden, daß die Berechtigung in unserm Gebiet die gleiche Entwicklung genommen hat; deshalb kann dieser Rechtssatz auch in unserm Gebiet zur Anwendung kommen.

Für die öffentlich-rechtliche Natur der Berechtigung bestehen folgende sichere Kennzeichen[170]): a) die Berechtigung zur Nutzung steht allen Gemeindeangehörigen zu[171]); b) das Recht erlischt für den Berechtigten mit dem Verlust der Gemeindeangehörigkeit. Steht es nicht allen, sondern bestimmten Gemeindeangehörigen zu, wird es sich regelmäßig um eine Klassenberechtigung handeln[172]). c) Ein weiteres Kennzeichen des öffentlichrechtlichen Gemeindenutzens ist, daß ein Berechtigter nur einen Anteil ausüben kann und daß die Anteile nicht feststehen[173]), sondern mit der Zahl der Berechtigten wechseln.

Die bürgerlichrechtliche Berechtigung ist vielfach deshalb nur schwierig als solche zu erkennen, weil sie mit der Gemeindeangehörigkeit herkömmlich verbunden ist[174]). Wenn die Berechtigung Bestandteil des Grundstücks ist, ist es noch kein Kennzeichen für ihre Zugehörigkeit zum bürgerlichen Recht, daß sie im Wege der Einzel- oder Gesamtnachfolge auf den Erwerber des Grundstücks übergeht. Ein Privatrecht kann nur dann angenommen werden, wenn der Besitz des Anwesens für sich, unabhängig von dem Verhältnis des Besitzers zur Gemeinde, die Nutzungsberechtigung gewährt[175]). — Ein sicheres Kennzeichen für die privatrechtliche Natur der Berechtigung ist es, wenn die Berechtigung für sich Rechtsgeschäften des bürgerlichrechtlichen Rechtsverkehrs unterliegt, insbesondere für sich veräußerlich

---

164) Vgl. Näheres unten §§ 14, 15.
165) Vgl. unten S. 53.
166) Vgl. oben S. 12.
167) So auch das Reichsgericht. Vgl. OTr. 53, 195; 55, 109 (abgedruckt bei Rintelen, S. 16); Ztschr. 26, 166; 29, 294 (beide abgedruckt bei Rintelen, S. 34, 37); 30, 382; 37, 255. — Von Entscheidungen für außerpreußisches Gebiet vgl. Seuff. A. 14, Nr. 63; 32, Nr. 6; 37, Nr. 284; 43, Nr. 88.
168) Vgl. aber auch Brandt, S. 122, Z. 13; Seuff. A. 21, Nr. 203; 49, Nr. 3.
169) S. 8.
170) Vgl. hierzu Meisner — Stern, S. 417 f.; 433 f.
171) Vgl. Seuff. A. 44, Nr. 163.
172) Vgl. auch Seuff. A. 32, Nr. 6; Gruch. 42, 1022; oben S. 17.
173) Vgl. Brandt, S. 135, Z. 90; Ztschr. 16, 63.
174) Vgl. oben S. 17.
175) Vgl. Seuff. A. 46, Nr. 125; OVG. 69, 137.

und vererblich ist[176]). Dieser Umstand kann nur dann nicht entscheidend sein, wenn die Veräußerung nur vereinzelt vorgekommen ist, bei den Beteiligten auch Unklarheit über das Rechtsverhältnis besteht[177]).

Vielfach weisen aber die Nutzungsrechte Merkmale auf, die sich sowohl bei einem bürgerlichrechtlichen als auch bei einem öffentlichrechtlichen Nutzungsrecht[178]) finden. Dann muß geprüft werden, welche Merkmale überwiegen. Bei dem Nutzungsrecht von Fronhausen (Landkreis Marburg) — beispielsweise — darf ein Gemeindeglied nur einen Anteil haben; einen etwa erworbenen Anteil muß er abgeben. Die Berechtigung fällt der Gemeinde anheim, wenn der Berechtigte aus der Gemeinde wegzieht. Diese Merkmale sprechen für den öffentlichrechtlichen Charakter des Rechts. Anderseits sind auch Rechtsgeschäfte über die Berechtigung möglich. Sie kann im beschränkten Umfang vererbt und übertragen werden, nämlich auf Abkömmlinge und auf Pflegekinder. Im letzteren Falle sind aber 50 Fl. an die Gemeindekasse zu zahlen. Wenn berücksichtigt wird, daß die Anteile alle zwölf Jahre verlost werden, überwiegen die öffentlichrechtlichen Merkmale die privatrechtlichen derart, daß die Berechtigung für eine öffentlichrechtliche zu halten ist[179]).

§ 7.

Insbesondere die Rechtsnatur des selbständigen bürgerlich-rechtlichen Gemeindenutzungsrechts.

Die Frage nach der Rechtsnatur des selbständigen bürgerlichrechtlichen Nutzungsrechts ist die bekannteste Frage aus dem Recht des kurh. Gemeindenutzens. Sie tauchte auf, als die pr. Grundbuchgesetzgebung von 1872 durch das Gesetz vom 29. Mai 1873 über das Grundbuchwesen im Bezirk des Appellationsgerichts in Cassel (GS. S. 273) in unserm Bezirk eingeführt wurde. Das Gesetz stellte „selbständige Gerechtigkeiten" den Grundstücken gleich. Es fragte sich, ob das selbständige bürgerlichrechtliche Gemeindenutzungsrecht eine „selbständige Gerechtigkeit" und damit im Grundbuch wie ein Grundstück zu behandeln war (vgl. § 3 der pr. Grundbuchordnung in Verbindung mit § 69 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872) oder ob es allein als ein nach §§ 12 bis 14 des Eigentumserwerbsgesetzes zu behandelndes dingliches Recht an fremder Sache in Abtlg. II des Artikels der politischen Gemeinde (Genossenschaft) als Belastung des dienenden Grundstücks einzutragen war. Der Erörterung dieser Frage vor allem sind die im Schrifttumsverzeichnis S. X genannten Gutachten zahlreicher Amtsgerichte im Bezirk, der Landgerichte Kassel, Marburg a. L. und Hanau und des OLG. in Kassel gewidmet, erstattet auf eine von dem Justizminister veranlaßte Verfügung des

---

[176]) Vgl. Ztschr. 15, 158; 16, 63 (abgedruckt bei Rintelen, S. 8, 12).
[177]) Vgl. Ztschr. 17, 88 = OTr. 55, 109; Ztschr. 19, 310; beide auch abgedruckt bei Rintelen, S. 16, 23.
[178]) Vgl. zum Folgenden auch Heus. Ann. 17, 331 (Calden).
[179]) Vgl. Heus. Ann. 10, 96 ff.; 26, 413 ff. — Ztschr. 24, 319; Brandt, S. 124, Z. 30, S. 130, Z. 61.

Oberlandesgerichtspräsidenten in Kassel vom 8. Juli 1891 (I 5509). Die Frage ist auch unter der Herrschaft der Reichsgrundbuchordnung noch von Bedeutung.

Nach Artikel 22 AG. GBO. finden die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften der Grundbuchordnung soweit nicht ein anderes bestimmt ist, auf Bergwerke, selbständige Kohlenabbaugerechtigkeiten und andere selbständige Gerechtigkeiten entsprechende Anwendung[180]). Wegen des Begriffs „selbständige Gerechtigkeit" ist zunächst Artikel 40 AG. BGB. heranzuziehen. Danach sind selbständige Gerechtigkeiten solche Gerechtigkeiten, die nach den bisherigen Gesetzen in Ansehung der Eintragung in die gerichtlichen Bücher und der Verpfändung den Grundstücken gleich stehen. Die neuere Gesetzgebung enthält also keine Begriffsbestimmung der „selbständigen Gerechtigkeit". Es ist zu untersuchen, ob der Begriff aus früherem Recht genommen werden kann. Die erwähnten Paragraphen des Eigentumserwerbsgesetzes und der pr. Grundbuchordnung enthalten ebenfalls keine Begriffsbestimmungen.

Aus dem Recht der davorliegenden Zeit ist für die Auslegung des Begriffes kurh. Recht heranzuziehen[181]). Der Begriff „selbständige Gerechtigkeit" ist aber dem kurh. Recht vor Einführung der pr. Grundbuchordnung in unserm Gebiet fremd gewesen[182]). Förster-Eccius[183]) hält den Begriff für einen typisch altpreußischen und meint, daß sehr vorsichtig zu erwägen sei, ob in den neuerworbenen Landesteilen eine selbständige Gerechtigkeit mit Liegenschaftsnatur überhaupt denkbar sei[184]). Der Gesetzgeber geht aber offenbar selbst davon aus, daß auch in Kurhessen selbständige Gerechtigkeiten vorkommen. Denn in § 3 des Einführungsgesetzes vom 29. Mai 1873 spricht er von, den Grundstücken gleichgeachteten Rechten und Gerechtsamen. Da, wie gesagt, eine gesetzliche Begriffsbestimmung fehlt, muß der Begriff durch wörtliche Auslegung festgestellt werden[185]).

Zuvor seien jedoch einige Bemerkungen über die geschichtliche Entwicklung gemacht[186]): die Behandlung eines Rechtes wie eine Sache[187]), sei es dadurch, daß das Recht zum beweglichen oder unbeweglichen Vermögen gerechnet wurde, sei es dadurch, daß die Vorschriften über Sachen auf Rechte angewandt wurden, ist eine Eigentümlichkeit des mittelalterlichen deutschen Rechts. In der neueren Zeit ist die Erstreckung des Sachbegriffs über die körperlichen Sachen hinaus aufgegeben worden. Das BGB. versteht unter Sachen nur

---

[180]) In diesem Falle würde das Recht auch allen übrigen Vorschriften über Grundstücke unterliegen, z. B. BGB. § 313, ZPO. § 864.

[181]) Vgl. RG. 4, 244, wo dargelegt ist, daß die Auslegung eines für ein neuerworbenes Gebiet (Kurhessen) erlassenen preußischen Gesetzes nach den in dem Geltungsgebiet des Gesetzes überhaupt geltenden Grundsätzen zu erfolgen hat.

[182]) Vgl. Brandt, S. 129, Z. 54.

[183]) 5. Auflage, 3. Band, S. 515, Anm. 3.

[184]) In der 6. Aufl. (S. 543, Anm. 3) ist diese Bemerkung weggefallen.

[185]) Vgl. hierzu Sehling, S. 184 f.

[186]) Allgemeines bei Gierke, Pr.R. I, 269 ff., II, 1 ff.; Sehling, S. 168 f.; Bähr, Kurh. M. S. 265 f.

[187]) Recht und Sache fallen unter den Oberbegriff „Gegenstand" (vgl. § 90 BGB.).

noch körperliche Gegenstände (§ 90). Jedoch finden sich auch in unserm Recht Ueberreste der früheren Auffassung, z. B. in § 1551 BGB.[188]). Reichsrechtlich wird das Erbbaurecht wie ein Grundstück behandelt (vgl. BGB. § 1017, Verordnung vom 15. 1. 1919). Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß auf ein an einem Grundstück bestehendes vererbliches und übertragbares Nutzungsrecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften Anwendung finden (vgl. Art. 196 EG. BGB.)[189]).

Die Behandlung eines Rechtes wie ein Grundstück ist nur bei solchen Rechten gerechtfertigt, die wegen der Möglichkeit, sie beständig ausüben zu können, und wegen der Sicherheit ihres Bestandes, einen gewissen dauerhaften Wert verkörpern[190]). — Daß das Recht bereits im Grundbuch eingetragen ist, enthebt den Richter nicht des Rechtes und der Pflicht, die Rechtsnatur der Berechtigung zu prüfen. Denn diese Eintragung vermag eine selbständige Gerechtigkeit nicht zu begründen[191]). — Im übrigen fallen unter den Begriff Berechtigungen der mannigfachsten Art[192]).

Selbständige Gerechtigkeiten sind also nur solche Rechte, die von einer gewissen Dauer und von einem gewissen sicheren Bestand sind. Davon wird man nicht bei allen Nutzungsrechten an Grundstücken sprechen können, so z. B. nicht bei Abbau- und Ausbeuterechten an Grund und Boden. Ihnen fehlt die Dauerhaftigkeit des Bestandes, da die fortschreitende Ausübung des Rechts dieses praktisch aufhebt[193]). Anders das Gemeindenutzungsrecht. Das Recht geht durch seine Ausübung weder unter noch mindert es sich in seinem Werte. Seine Ausübung ist dauernd und zeitlich unbegrenzt möglich[194]).

Die Aufteilung der Grundstücke ist von jeher als ausgeschlossen angesehen worden. Erst die Verordnung vom 13. Mai 1867 hat die Aufteilung der Grundstücke möglich gemacht. Durch die gleiche Gesetzgebung ist auch die Ablösung der Rechte möglich geworden. — In beiden Fällen bedurfte es hierzu aber einer gesetzgeberischen Maßnahme. Die Möglichkeit der Aufteilung und der Ablösung muß als ein im Laufe der Zeit hinzugekommenes äußeres Moment außer Betracht bleiben[195]). Auch sind gerade durch die spätere Gesetzgebung zahlreiche Nutzungsberechtigungen, insbesondere an Wald, aufrecht erhalten worden[196]).

---

188) Vgl. Gierke, Pr.R. II, 3, 13 ff.

189) Vgl. Art. 63, 68; Habicht, S. 425 ff.; 437.

190) Vgl. Brandt, S. 129, Z. 56.

191) Vgl. RG. 57, 38; KGJ. 45, 385.

192) Vgl. Stranz-Gerhard und Crusen — Müller — Hobrecht, zu Art. 44.

193) Ihre Behandlung als selbständige Gerechtigkeit ist deshalb auch abgelehnt worden (vgl. KGJ. 45, 385, 387, betr. Gipsabbaurecht; Gruch. 30, 962; JW. 1899, 402, Nr. 23, sämtlich für pr. Recht). Der Kohlenabbaugerechtigkeit in dem vormals sächsischen Landesteil ist die Eigenschaft einer selbständigen Gerechtigkeit durch Gesetz vom 22. 2. 1869, der Salzabbaugerechtigkeit in Hannover durch Gesetz vom 4. 8. 1907 ausdrücklich beigelegt worden (vgl. Güthe — Triebel, S. 1559 ff.)

194) Vgl. Brandt, S. 130, Z. 57.

195) Vgl. Brandt, S. 130, Z. 58; Dernburg — Hinrichs, S. 195.

196) Vgl. oben S. 13 f.

Daß es sich um Rechte von Dauer und Bestand handelt, geht auch daraus hervor, daß ihre Zahl von alters her genau bestimmt ist und nicht vermehrt oder vermindert werden kann. Diese Unveränderlichkeit findet darin ihren sichtbaren Ausdruck, daß die Teilnahmeberechtigten in manchen Gemeinden nach der Zahl der von alters her bestehenden Anteile genannt werden, also z. B. die 47er, auch, wenn später die Zahl der Berechtigten durch Teilung oder durch mehrfachen Besitz eines Anteils eine andere geworden ist[197]).

Der Bestand der Rechte ist auch insofern verbürgt, als die Gemeinde (Genossenschaft) keine Möglichkeit hat, auf ihren Bestand einzuwirken[198]).

Nach alledem bestehen keine Bedenken, das Nutzungsrecht für ein Recht von Dauer und Bestand zu halten.

Der Begriff „selbständige Gerechtigkeit" fordert aber weiter, daß das Recht ein rechtlich selbständiges Dasein führt, d. h. unabhängig von dem Besitz eines Grundstücks, das als Hauptsache zu betrachten ist, oder von einer bestimmten Person veräußerlich und vererblich ist. — Daß das Gemeindenutzungsrecht in der in Rede stehenden Form für sich rechtsgeschäftlichen Verfügungen unterliegen kann, ist in der kurh. Gesetzgebung anerkannt gewesen[199]). Die oben[200]) erwähnte Verordnung vom 14. Mai 1816, die Verhältnisse der jüdischen Glaubensgenossen als Staatsbürger betreffend, spricht in § 10 Z. 5 von einem, „mittels eines lästigen Titels erworbenen Gemeindenutzen". § 24 der Kurh. Gem.O. spricht von Nutzungen, die „für sich" erworben werden müssen[201]). Auch die spätere preußische Gesetzgebung erkennt die freie Veräußerlichkeit des selbständischen Gemeindenutzens an (vgl. § 5 der Verordnung vom 13. Mai 1867). — Daß herkömmlich Beschränkungen in der Veräußerlichkeit und der Vererblichkeit bestehen[202]), muß als unerheblich angesehen werden[203]). Trotz der Beschränkung wird der Kreis der Personen, die das Recht erwerben können, noch groß genug sein. Gehört der Erbe nicht zum Kreis der berechtigten Personen, so wird der Bezug der Nutzung einfach ruhen. Selbstverständlich hat der Erbe das Recht, den Anteil durch Veräußerung an einen Nutzungsberechtigten wieder aufleben zu lassen.

Wenn das Besitztum des Berechtigten einen Erbhof im Sinne des Reichserbhofgesetzes vom 19. September 1933 und seiner Durchführungsbestimmungen bildet, gehört sowohl das unselbständige als auch das selbständige Gemeindenutzungsrecht zu diesem. Für das unselbständige Recht ergibt sich dies aus § 96 BGB., für das selbständige Recht ist es in § 2 der zweiten Durchführungsverordnung vom 19. Dezember 1933 ausdrücklich bestimmt[204]). Damit ist auch das selb-

---

197) Vgl. Heus. Ann. 13, 586; 14, 394; 16, 185.

198) Näheres hierüber in dem Kapitel über den Rechtsschutz unten § 15.

199) Vgl. auch folgende Entscheidungen: Heus. Ann. 2, 567; 5, 662; 7, 834; 9, 629; 13, 586; 14, 394; 23, 154; Str. 8, 156 f.; kurh. M. 2, 16; Sternberg, S. 105.

200) S. 9.

201) Vgl. StO. § 58, Abs. 7; LGO. § 42, Abs. 5.

202) Vgl. Heus. Ann. 10, 98.

203) Vgl. Brandt, S. 130, Z. 60; Gierke, Pr.R. II, 623, Anm. 12.

ständige Nutzungsrecht grundsätzlich nicht mehr frei vererblich und frei veräußerlich (§§ 19, 37 des Reichserbhofgesetzes)[205]). Diese Regelung muß aber wie die Ablösungsgesetzgebung als ein später hinzugekommenes äußeres Moment außer Betracht bleiben[206]). Die gegenteilige Ansicht ließe sich nur halten, wenn ein Akt der Gesetzgebung dem selbständigen Nutzungsrecht überhaupt die freie Veräußerlichkeit und Vererblichkeit nehmen würde. — Zudem läßt das Gesetz Ausnahmen von der Unveräußerlichkeit und Unvererblichkeit zu. Die Unmöglichkeit, das Recht zu veräußern, besteht nur grundsätzlich (§ 37). Nach § 37 Abs. 2 kann das Anerbengericht die Veräußerung genehmigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher Grund kann angenommen werden, wenn ein Bauer zwei Anteile besitzt und eines seiner Kinder einen Anteil im Interesse seines Betriebes benötigt, die Ueberlassung des Anteils auch ohne nachteilige Folgen für den Erbhof ist.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß dem Recht wie jedem Teil eines Erbhofs die Erbhofeigenschaft entzogen werden kann (§ 64 Abs. 3 der ersten Durchführungsverordnung)[207]).

Da der Begriff der „selbständigen Gerechtigkeit" nach alledem keine weiteren Merkmale enthält als das der Dauer und der selbständigen Existenz, ist sonach das selbständige Nutzungsrecht eine „selbständige Gerechtigkeit"[208]). — Ueber die objektive Gestaltung des Rechts enthält nämlich der Begriff keine notwendigen Merkmale. Die einzelnen „selbständigen Gerechtigkeiten" sind in dieser Hinsicht verschiedenartig gestaltet[209]). Den Apothekengerechtigkeiten stehen weder verpflichtete Personen noch belastete Grundstücke gegenüber. Bei der Abdeckereigerechtigkeit ist in objektiver Hinsicht eine persönliche Verbindlichkeit der in einem bestimmten Bezirk wohnenden Personen vorhanden. Rein begrifflich ist eine Beziehung auf Grundstücke nicht ausgeschlossen[210]). Nutzungsrechte von der hier in Rede stehenden Art sind deshalb auch in der Wissenschaft als selbständige Gerechtigkeiten anerkannt worden (vgl. auch Art. 196 EG.)[211]).

Bedenken können in dieser Hinsicht nur bestehen, wenn man die Meinung vertritt, daß der in der Gesetzgebung und Rechtsprechung für altpreußisches Recht entwickelte besondere Begriff der selbständigen Gerechtigkeit in Kurhessen zur Anwendung kommt, was aber, wie bereits bemerkt ist[212]), nicht der Fall ist. Von einer, in der

---

[204]) Daß es sich bei den Rechten nicht um Grunddienstbarkeiten handelt, ist oben S. 41 dargelegt worden. Infolgedessen trifft § 64, Abs. 1 der ersten Durchführungsverordnung nicht zu.

[205]) Vgl. Lange, JW. 33, 2376.

[206]) Vgl. oben S. 46.

[207]) In die Erbhöferolle werden die Rechte nicht eingetragen (vgl. § 1, Abs. 3 d. Ges., § 27 der 1. Durchführungsverordnung). Der Miteigentumsanteil ist jedoch unter selbständig laufender Nummer einzutragen (§ 2, Abs. 2 der Ausführungsanweisung des Reichsjustizministers vom 27. 2. 1934, DJ. S. 270).

[208]) Vgl. Habicht, S. 438, Anm. 2.

[209]) Vgl. hierzu RG. 57, 35.

[210]) Vgl. Schwabacher, S. 3, 112 f.

[211]) Vgl. Gierke, Pr.R. II, 14 f., 620 ff.

[212]) Vgl. oben S. 45.

Minderzahl gebliebenen Meinung, wird jedoch die entgegengesetzte Ansicht vertreten[213]), weshalb auf sie eingegangen werden muß. — Der Begriff der selbständigen Gerechtigkeit im Sinne des pr. Rechts ergibt sich aus Titel 1 § 14 der Allgemeinen Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 und aus ALR. I 20 §§ 390, 395[214]). Selbstverständlich enthält der Begriff des preußischen Rechts auch die Merkmale der Dauer und der selbständigen Existenz. Weiter ist aber nach herrschender Meinung erforderlich, daß die Gerechtigkeit „auch ohne den Besitz eines Grundstücks ausgeübt werden kann“[215]). Die Auslegung dieses, sich aus dem Gesetz ergebenden Merkmals ist streitig. Nach herrschender Meinung ist mit diesen Worten etwas anderes gesagt, als daß die Gerechtigkeit nicht einem bestimmten Grundstück ankleben dürfe[216]). Die Gerechtigkeit darf danach nicht nur nicht subjektiv-dinglich, sondern auch nicht objektiv-dinglich sein, d. h. sie darf sich nicht auf Grundstücke beziehen[217]). Nutzungsrechte an Grundstücken sind also keine selbständigen Gerechtigkeiten[218]). Boxberger[219]) meint sogar, obgleich er dem selbständigen Gemeindenutzungsrecht die Eigenschaft eines „unbeweglichen Vermögensobjekts“ zubilligt, daß das Nutzungsrecht in jedem Fall das Gegenteil einer selbständigen Gerechtigkeit sei. Des näheren auf diese Streitfrage einzugehen, erübrigt sich, weil ihr Ausgangspunkt, daß sich der Begriff aus preußischem Recht zu ergeben habe, unrichtig ist. Auch ist die Beschäftigung hiermit müßig, weil sich diese Ansicht in der Praxis nicht durchgesetzt hat, wie sich z. B. aus den Gutachten der verschiedenen Amts- und Landgerichte ergibt. Auch das OLG. hat in seinem Gutachten vom 31. August 1892 die gegenteilige Ansicht angenommen[220]).

Auch in der kurh. Rechtsprechung und Gesetzgebung ist das selbständige Nutzungsrecht stets einem Grundstück gleich geachtet worden.

In unserm Gebiet galt gemeines Recht. Der Plan einer umfassenden Gesetzgebung uber das Privatrecht ist nie zur Ausführung gekommen. Zu Beginn des 18. Jahrhunderts beginnt statt dessen die Landesherrschaft, Teile des Privat- und des Prozeßrechts durch Einzelgesetze zu regeln[221]). Die zahlreichen Forst- und Holzordnungen[222]) enthalten lediglich öffentlich-rechtliche Vorschriften. Das gleiche gilt von der Grebenordnung[223]). — Das erste bedeutende

---

213) Vgl. OLG. Kassel in der Entscheidung vom 14. 7. 1890, kurh. M. 2, 1 ff. = KGJ. 10, 298; Boxberger, S. 279 f., 290, 301.
214) Vgl. hierzu ausführlich Sehling, S. 169 ff., RG. 57, 34.
215) Vgl. hierzu Sehling, S. 170 f., Achilles S. 281; weiter RG. a.a.O.; KGJ. 34, A 220; 39 B 55; 45, 385; Schwabacher, S. 3.
216) Vgl. Sehling, a.a.O., Achilles, a.a.O.
217) So insbesondere Foerster—Eccius, 3. Band, 6. Aufl., S. 542, Anm. 3 a u. ö.; KGJ. 45, 386 f.; Achilles a.a.O.; a. A. Dernburg—Hinrichs, S. 195; Dernburg § 193, Note 11, weitere Literatur bei Achilles, S. 281.
218) Darüber, daß die preußische Praxis ohne Rücksicht hierauf Nutzungsrechte an Grund und Boden, wie Erbpacht, Erbbaurecht als selbständige Gerechtigkeiten anerkannt hat, vgl. u. a. Sehling, S. 173 f.
219) S. 280, 297, u. ö.
220) Vgl. auch Bähr, kurh. M., S. 272.
221) Vgl. Roth — Meibom, S. 53; Strippel, S. 56.
222) Vgl. oben S. 5.
223) Vgl. oben S. 6.

privatrechtliche Gesetz war die Verordnung, wie es mit den Kauf-, Tausch- und Schenkungsverträgen usw. hinfüro gehalten werden soll, vom 9. Januar 1732 (Ä. S. 4, 84), kurz Kontraktenordnung genannt. Durch dieses Gesetz wurde die Errichtung von Verträgen über „unbewegliche Güter, Zehnten und jura realia" neu geregelt, indem Anzeige der Verträge bei Gericht und ihre Bestätigung durch das Gericht (sog. Konfirmation) vorgeschrieben wurde[224]). Der Gemeindenutzen wird nicht erwähnt. — Dagegen bietet die Geschichte der Steuergesetzgebung und des Katasterwesens Anhaltspunkte, die bei dem engen Zusammenhang zwischen Kataster und Grundbuch in Kurhessen für die rechtliche Auffassung von der Rechtsnatur des selbständigen Gemeindenutzens von Bedeutung sind[225]).

Das kurhessische Steuerwesen beruhte von jeher auf der Unterscheidung der sog. ständigen und der sog. unständigen Kontribution. Erstere wurde vom Grundeigentum, den liegenden Gütern, letztere von der beweglichen Habe, insbesondere dem Vieh und der Hantierung, erhoben[226]).

Die Vorschriften über das Steuerwesen aus der Zeit vor 1680 erwähnen das Gemeindenutzungsrecht noch nicht. Dagegen wird in den „Spezificationes und Anschlag der steuerbaren Güter" von 1680 (Ä. S. 3. 144) — dem sog. Steuermodell von 1680[227]) —, nachdem unter Nr. I—XII der Steueransatz von Häusern, Aeckern, Wiesen usw. angeordnet ist, unter Nr. XIII bestimmt:

> „Die Waldungen, die gemeinen Gebräuche an Holzungen, Huten, Fischereien, Jagden, Angern, Teichen und dergleichen sollen nach den Nutzungen, nämlich, was nach Abzug der onerum und Unkosten jährlich 5 fl. erträgt, auf 25 fl. angeschlagen werden."

Unter Nr. XIV wird dann der Steuersatz für „ständige Frucht, Gefälle und Zehnten" (Berechtigungen, die zweifellos Immobiliarcharakter trugen)[228]), bestimmt, und schließlich unter Nr. XV zur Besteuerung der beweglichen Habe übergegangen. — Die Bestimmung läßt nicht erkennen, ob die Kontribution von der Gemeinde als solche oder unmittelbar von dem einzelnen Berechtigten entsprechend seinem Anteil erhoben worden ist.

In den 30er und 40er Jahren des 18. Jahrhunderts ist das Steuerwesen neu geregelt worden[229]). Wenn bis dahin eine unmittelbare Kontributionspflicht der Nutzungsanteile wahrscheinlich nicht bestand, ist sie jedenfalls gelegentlich dieser Neuordnung eingeführt worden. Durch ein landesherrliches Kommissorium vom 15. April 1736 (Ä. S. 4, 365) wurde zur „Rektifizierung des landschaftlichen Steuerstocks"

---

224) Allgemeines über die Kontraktenordnung bei Strippel, S. 67 f., 72; Theobald, S. 150. Letzterer nicht ganz zutreffend, wenn er schreibt, daß die Kontraktenordnung die Führung der Generalwährschaft- und Hypothekenbuchs angeordnet habe; vgl. Strippel, S. 70 ff., 100, auch oben S. 22..

225) Vgl. Bähr, Kurh. M. 264 f.; Strippel, S. 173 ff.

226) Vgl. Strippel, S. 179.

227) Vgl. Strippel, S. 178.

228) Siehe oben.

229) Vgl. Strippel, S. 180.

eine Rektifikationskommission eingesetzt[230]). Diese erließ am 7. Juli 1736 ein Ausschreiben, die einzuschickenden Specificationes der steuerbaren Güter betreffend (Ä. S. 4, 375), dem als Grundlage eine Tabelle beigefügt war. In dieser Tabelle wurde ein Muster für die Steuerberechnung eines Untertanen gegeben. In der ersten Spalte dieser Tabelle wurden die steuerbaren Güter nach ihrer verschiedenen Art untereinander aufgeführt, nämlich:

1. Haus, Scheuer und Stallung,
2. usw. . . . . ;

sodann heißt es:

von Gemeindsnutzungen als Wald, Mast, Hute . . .
hiervon wird abgegeben . . . . .

Durch die Resolutiones über das Steuerrektifikationswesen vom 18. August 1741 (Ä. S. 4, 764) wurden sodann die Grundlagen des Steuerwesens neu bestimmt[231]). Die Vorschläge betreffen nur die Besteuerung von Grund und Boden (§ 5). In § 15 heißt es sodann, daß die Gemeindsgebräuche an Holzung, Mastung nach ihren Nutzungen von 5 fl. zu 25 fl. Kapital angesetzt werden und von jedem, so daran teil hat, in Proportion seines Genusses verhalten werden[232]). — Die spätere Steuergesetzgebung hat an dieser Behandlung des Gemeindenutzungsrechts festgehalten. In § 168 des Ausschreibens des Finanzministeriums vom 12. April 1833, die Dienstanweisung hinsichtlich der Besteuerung des Grundeigentums betreffend (kurh. GS. S. 17, 68), wird das Recht unter den kontributionspflichtigen Gütern aufgeführt[233]).

Schließlich ist noch die Darstellung des Nutzungsrechts in den General-Währschafts- und Hypothekenbüchern heranzuziehen, für die durch das Justizministerialausschreiben vom 9. Mai 1822 (kurh. GS. S. 20) ein besonderes Formular vorgeschrieben worden ist. Die Eintragungen in diesen Büchern haben ihre Grundlage in den Eintragungen in den Steuerkatastern[234]). Da in diesen nicht die Grundstücke, sondern die Nutzungen eingetragen waren, erfolgte die Eintragung jedes Anteils des einzelnen Berechtigten auf dessen Blatt etwa wie folgt[235]):

Wohnhaus mit Hofraum,
Garten dabei,
Gemeindsnutzen[236]).

---

230) Vgl. Strippel, S. 182.

231) Vgl. Strippel, S. 183.

232) Vgl. weiter Instruktion für die bei dem Steuerwesen angestellten Taxatoren vom 19. 9. 1764 (ÄS. 6, 154) und Reglement, die Fortsetzung der landschaftlichen Steuerrektification und die Aufstellung des Katasters betreffend vom 16. 10. 1764 (ebenda S. 161).

233) Vgl. Bähr, kurh. M. S. 264 f.

234) Vgl. Bähr, a.a.O.; Strippel, S. 195 ff., 206.

235) Voraussetzung der Eintragung war jedoch, wie bereits oben S. 22 dargestellt worden ist, daß über das Recht ein Verpfändungs- oder Veräußerungsvertrag abgeschlossen worden war.

236) Vgl. Bähr, a.a.O. S. 265; Strippel, S. 292, 289; Muster eines Blattes daselbst S. 316 f.

Gemäß § 22 des Einführungsgesetzes vom 29. Mai 1873 bilden die Eintragungen in den General-Währschafts- und Hypothekenbüchern die Grundlage für die Eintragungen in den neuen Grundbüchern. Gewisse Eintragungen, insbesondere die über den letzten Eigentumsübergang, hatten ab 1. Juli 1874 sogar die Bedeutung von Eintragungen, die nach Maßgabe der neuen Gesetze bewirkt worden waren. Diese Bestimmung bezog die Praxis auch auf Eintragungen, die den selbständigen Gemeindenutzen betrafen[237]). Das Nutzungsrecht wurde also so, wie es in den kurh. Grundbüchern eingetragen war, in die neuen Grundbücher übernommen, die auch unter der Herrschaft der Reichsgrundbuchordnung fortgeführt wurden[238]).

Schließlich sei noch auf praktische Gründe hingewiesen, die für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht sprechen. Das Nutzungsrecht ist infolge der Eintragung häufig Gegenstand des Rechtsverkehrs, insbesondere von Belastungen mit Hypotheken, geworden. Wollte man wie Boxberger[239]) die Eintragung als „völlig unerheblich", „in rechtlicher Beziehung als nicht vorhanden", ansehen und der Eintragung nur die Bedeutung einer „Notiz" zubilligen, wäre dies von den nachteiligsten Folgen für den geschäftlichen, insbesondere den Kreditverkehr[240]). Die Eintragungen würden wirkungslos sein. Diese Folgerung zieht ohne Bedenken die bei Boxberger mitgeteilte Entscheidung[241]), die eine Belastung des Gemeindenutzens für eine „lediglich in ihrer Einbildung bestehende Sicherheit" hält, eine Ansicht, die wohl kaum gebilligt werden kann.

Nach alledem sprechen außer begrifflichen und geschichtlichen Gründen auch zwingende praktische Gründe für die Anerkennung des selbständigen bürgerlichrechtlichen Gemeindenutzens als selbständige Gerechtigkeit im Sinne des preußischen und des Reichsgrundbuchrechts[242]).

---

[237]) Vgl. Theobald, S. 151.
[238]) Vgl. folgende Seite, Anm. 1.
[239]) S. 305 u. ö.
[240]) Vgl. kurh. M. 1, 16.
[241]) S. 297.
[242]) Ueber die Darstellung des Rechts im Grundbuch des Berechtigten vgl. unten § 12.

3. Teil:
Die Behandlung des Gemeindenutzungsrechts im Grundbuch[1].

Vorbemerkung:

Das Grundbuch dient nur der Aufnahme von bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen. Somit kann das öffentlich-rechtliche Gemeindenutzungsrecht weder auf dem Grundbuchblatt der Gemeinde noch auf den Blättern der Berechtigten zur Darstellung kommen[2].

I. Die Eintragungen in dem Grundbuch des Eigentümers[3][4].

Vorbemerkung: Die Buchungspflichtigkeit der Grundstücke.

Nach § 3 der Grundbuchordnung in der Neufassung vom 5. August 1935 (RGBl. I. 1073)[5] erhält jedes Grundstück grundsätzlich ein besonderes Grundbuchblatt. Grundsätzlich sind also alle Grundstücke buchungspflichtig. Gemäß § 3 Abs. 2 GBO. erhalten gewisse Grund-

---

[1]) Im Folgenden werden gemäß der Aufgabe dieser Arbeit nur die besonderen Fragen behandelt, die sich bei der Eintragung eines Gemeindenutzungsrechts nach geltendem Recht ergeben können. Die Fragen, insbes. die nach der Eintragung des selbständigen Nutzungsrechts in dem Grundbuch des Berechtigten, entstanden zuerst, als die pr. Grundbuchordnung vom 5. 5. 1872 durch das Gesetz über das Grundbuchwesen in dem Bezirk des Appellationsgerichts Cassel vom 29. 5. 1873 (GS. S. 273) in unserm Bezirk eingeführt wurde. Vgl. Bähr, kurh. M. S. 269; Schrifttum zum Einführungsgesetz bei Strippel, S. 235, insbes. Theobald. — Wegen der Fortführung der s. Z. angelegten Grundbücher vgl. § 87 GBO. a. F., Artikel 3, 4 kgl. Vdg., auch § 119 der GBO. n. F. Wegen der allgemeinen Fragen des Grundbuchrechts muß auf die Einzeldarstellungen zu diesem Rechtsgebiet verwiesen werden.

[2]) Vgl. Seuff. A. 44, Nr. 163.

[3]) Die Grundstücke waren, worauf bereits hingewiesen worden ist (vgl. oben S. 22), in den Generalwährschafts- und Hypothekenbüchern nicht eingetragen. Die pr. Grundbuchordnung von 1872 enthielt in den §§ 133 ff. Vorschriften über die Anlegung von Blättern für bisher ungebuchte Grundstücke. Die Anlegung erfolgte nur auf Antrag. — In unserm Gebiet galten statt dieser Bestimmungen zunächst die §§ 31—35 des Einführungsgesetzes vom 29. 5. 1873. Wer seine Eintragung als Eigentümer beantragte hatte nachzuweisen, daß er oder der Rechtsvorgänger das Grundstück seit mindestens 11 Jahren im Eigentumsbesitz gehabt hatte. Es erfolgte sodann das Aufgebotsverfahren. Das Verfahren endete mit dem Ausschlußurteil.

stücke aber, insbesondere die des Fiskus und der Gemeinden, ein Grundbuchblatt nur auf Antrag des Eigentümers oder eines Berechtigten[6]). Zu den Letzteren gehören die Gemeindenutzungsberechtigten[7]). — Für andere als die in der genannten Bestimmung angeführten Grundstücke, also auch für Grundstücke, die im Eigentum von sog. Realverbänden im Sinne von Art. 164 EG.BGB. stehen, besteht also die Buchungspflichtigkeit.

§ 8.
Die Eintragung des Eigentümers.

A. Allgemeine Grundsätze.

Für die Eintragung des Eigentümers und der auf ihn bezüglichen Angaben ist nach § 10 der Allgemeinen Verfügung über die Einrichtung und Führung der Grundbücher vom 5. August 1935 (Grundbuchverfügung) (vor der Neufassung § 10 der AV.) die erste Abteilung des Grundbuchs bestimmt.

In Spalte 2 (früher Spalte 1) dieser Abteilung ist der Eigentümer einzutragen, bei Miteigentümern die nach § 47 GBO. (§ 48 früherer Fassung) vorgeschriebene Angabe. Nach dieser Vorschrift hat, wenn ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll, die Eintragung in der Weise zu erfolgen, daß entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird[8]).

— Diese Vorschriften sind durch die Novelle (Gesetz betreffend die Ergänzung des Gesetzes vom 29. 5. 1873 über das Grundbuchwesen usw. vom 28. 5. 1885, GS. S. 175) aufgehoben worden und das Aufgebotsverfahren ist in §§ 19 ff. neu geregelt worden. Das Ausschlußurteil fiel weg (§ 27). Vgl. auch Art. 186, Abs. 1 EGBGB.

[4]) Im Folgenden wird lediglich das Verfahren für die Anlegung von Blättern solcher Grundstücke behandelt, die bei der ersten Anlegung des Grundbuchs ungebucht geblieben sind (vgl. § 91 GBO.a. F., § 122 GBO. n. F.). Bis zum Inkrafttreten der Neufassung richtet sich die nachträgliche Buchung in Preußen nach der kgl. Vdg. Art. 15—33, 35 a (vgl. Güthe — Triebel, Anm. 7 ff. zu § 91). Für unser Gebiet galten gemäß Art. 15, Abs. 1 statt dieser Vorschriften die Vorschriften, die für die erste Anlegung des Grundbuchs maßgebend waren, also die in der vorigen Anm. erwähnten Bestimmungen, mit den Aenderungen gemäß Art. 6 ff. (Einzelheiten bei Güthe — Triebel a.a.O.). — Seit der Neufassung der Grundbuchordnung vom 5. 8. 1935 gelten §§ 7 ff. der Verordnung zur Ausführung der Grundbuchordnung vom 8. 8. 1935 (RGBl. I, 1089). Die Anlegung erfolgt von Amtswegen. Zur Feststellung des Eigentums sind von Amtswegen Ermittlungen anzustellen. Zur Ermittlung des Berechtigten kann ein Aufgebot erlassen werden.

[5]) In Kraft ab 1. 4. 1936.

[6]) Vgl. § 90 a. F. und Art. 1 kgl. Vdg. vom 13. 11. 1899 (GS. S. 519).

[7]) Vgl. Güthe — Triebel, Anm. 20 zu § 90.

[8]) Eine Verletzung dieser Sollvorschrift macht die Eintragung nicht nichtig (vgl. KGJ. 23 A 225). Das Grundbuch ist jedoch unrichtig (vgl. Güthe — Triebel, Anm. 10 zu § 48). An und für sich darf der Grundbuchrichter sich aber nicht über eine Ordnungsvorschrift hinwegsetzen (vgl. Güthe — Triebel, Anm. 11 f. zu § 4, S. 1693).

Nach § 15 Grdb.Vfg. (früher § 4 AV.) ist zur Bezeichnung des Eigentümers anzugeben: bei natürlichen Personen der Name (Vor- und Familienname), Stand und der Wohnort, sowie nötigenfalls andere, die Berechtigten deutlich kennzeichnenden Merkmale, bei juristischen Personen Name und Sitz der Person[9]).

B. Die Eintragung bei Eigentum der politischen Gemeinde.

Die Eintragung der politischen Gemeinde als Eigentümerin bietet hiernach keine Besonderheiten.

C. Die Eintragung bei Eigentum der Nutzungsberechtigten.

a) Die Feststellung der Rechtsnatur des Verbandes der Nutzungsberechtigten.

Um der Vorschrift des § 15 Grdb.Vfg. genügen zu können, ist es erforderlich, festzustellen, ob die Nutzungsberechtigten einen Verband (Körperschaft, Genossenschaft)[10]) oder eine Gemeinschaft bilden. Im ersten Falle ist dieser unter seiner Bezeichnung, im zweiten Falle sind sämtliche Berechtigte unter Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses einzutragen[11])[12]). Die Merkmale für die Rechtsnatur der Vereinigung im einzelnen sind oben (§ 4) dargelegt worden.

---

[9]) Die Grdb.Vfg. ist ebenso wie die AV. keine bloße Verwaltungs-, sondern eine Rechtsverordnung (vgl. Güthe — Triebel, S. 1681). Eine Verletzung dieser Vorschrift macht die Eintragung aber nicht unzulässig im Sinne des § 53 GBO. (§ 54 alter Fassung), sofern es sich nur um eine ungewisse Bezeichnung handelt und die Persönlichkeit des Berechtigten nach der Eintragung zu ermitteln ist. Anderenfalls ist die Eintragung als ohne Angabe des Berechtigten erfolgt anzusehen und daher inhaltlich unzulässig (vgl. auch unten S. 57 f.).

[10]) Ueber den verschiedenen Inhalt des Begriffs „Genossenschaft" vgl. Haff, Persönlichkeitslehre, S. 65. Die Bezeichnung wird auch für nicht rechtsfähige Verbände verwendet, während „Körperschaft" stets für rechtsfähige Verbände gebraucht wird. Gierke braucht die Begriffe „Körperschaft" und „Genossenschaft" gleichbedeutend; anders Haff.

[11]) Vgl. RG. 127, 310, betr. die Eintragung einer Hypothek zugunsten eines nicht rechtsfähigen Vereins. — Eine nicht rechtsfähige Gemeinschaft soll nach dem Willen des Gesetzgebers nicht wie eine Rechtspersönlichkeit im Verkehr auftreten (Ausnahme in § 50, Abs. 2 ZPO.). Gerade im Grundbuchrecht, das eine besondere Genauigkeit und das Festhalten an gewissen Formen erfordert, muß vermieden werden, daß der nicht rechtsfähigen Gemeinschaft durch Eintragung unter einer Sammelbezeichnung auf einem Umweg in gewisser Beziehung doch der Vorteil der Rechtspersönlichkeit auf Kosten der grundbuchlichen Klarheit verschafft wird. So das Reichsgericht; vgl. auch Elhardt, S. 113 f.

[12]) Eine Ausnahme bestand nach bisherigem preuß. Recht für eine Gesamtheit der Beteiligten, die nach Maßgabe des Gesetzes vom 2. 4. 1887 (vgl. oben S. 14) mit einer Vertretung ausgestattet ist. Bei dieser kann die Gesamtheit der Beteiligten als Berechtigte eingetragen werden, ohne daß es der Bezeichnung der einzelnen Beteiligten bedarf (§ 4 Abs. 3 AV.). Die Angabe des Sitzes der Gesamtheit ist nicht erforderlich (vgl. Kluckhuhn, S. 154; Güthe — Triebel 1463 f.).

b) Die Eintragung der Berechtigten.

Bilden die Berechtigten eine juristische Person, so ist deren Name und ihr Sitz einzutragen, ersterer nach örtlichem Sprachgebrauch, also z. B. „die Markgenossenschaft zu N." oder „die Genossenschaft der Gemeindenutzungsberechtigten zu N.". Das gleiche gilt, wenn der Verband genossenschaftliches oder körperschaftliches Gesamteigentum darstellt. Die einzelnen Berechtigten zu benennen, wäre zwar nicht falsch, ist aber unzweckmäßig[13]).

Andernfalls sind sämtliche Berechtigten namentlich zu bezeichnen. Handelt es sich um Miteigentum nach Bruchteilen, so richtet die Praxis ohne gesetzliche Grundlage das Grundbuchblatt nach Art des Formulars III (Muster für Bergwerke mit unbeweglichen Anteilen)[14]) ein, das gemäß § 25 AV. aus dem preußischen Grundbuchrecht übernommen worden ist[15]).

Gemäß § 17 der pr. Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 ist die Anzahl der Anteile, welche sich im Eigentum eines jeden Berechtigten befinden, anzugeben. Das Formular hat noch die Besonderheit, daß es neben der „laufenden Nummer" der Eintragung die sogenannte Primordialnummer enthält, d. i. eine besondere Spalte für den Hinweis auf die bisherige laufende Nummer[16]). Auf diese Weise wird eine Aufsicht über die Eintragungen ermöglicht, die insbesondere im Falle einer Veräußerung von Bedeutung sein kann.

D. Die Eintragung des Nachweises des Eigentums.

Gemäß § 9 d Grdb.Vfg. (früher § 10 Z. 3 AV.) ist der Erwerbsgrund, die Auflassung oder die anderweitige Grundlage der Eintragung[17]) in Spalte 3 einzutragen. In diese Spalte gehört auch der Nachweis des Eigentums im Anlegungsverfahren[18]). Der Nachweis des Eigentums kann sich entweder aus den Ermittlungen des Grundbuchamts oder aus Eigenbesitz oder aus der Wahrscheinlichkeit ergeben (vgl. § 14 d. Vdg. vom 8. August 1935). Eingetragen wird nur ein ganz kurzer Hinweis auf den Nachweis, also z. B.: „auf Grund der Ermittlungen des Grundbuchamts", „auf Grund titulierten Eigenbesitzes", „auf Grund wahrscheinlichen Eigentums"[19]).

---

[13]) Vgl. Brandt, S. 132, Z. 75, 78.

[14]) Vgl. Güthe — Triebel, S. 2134.

[15]) Zur Erläuterung sei bemerkt, daß das Berggesetz vom 24. 6. 1865 unterscheidet zwischen Bergwerken, bei welchen die Gewerkschaft eine juristische Person bildet, und solchen, welchen ein Miteigentum mit unbeweglichen (d. i. der selbständigen Veräußerung und Belastung fähigen) Anteilen (Kuxen) zugrundeliegt (vgl. §§ 99 ff., 227 ff. d. Gesetzes; Güthe — Triebel, S. 1557, 1549 zu Art. 8, 22).

[16]) Entsprechend der Spalte 2 des Bestandsverzeichnisses I des gewöhnlichen Grundbuchblattes, vgl. Güthe-Triebel, S. 1557 zu Art. 22 AG.

[17]) Besonders häufiger Fall: das Ersuchen der Auseinandersetzungsbehörde im Falle der Eigentumsübertragung bei Servitutenablösung.

[18]) Vgl. Güthe-Triebel, Bem. 3 zu § 11 AV.

[19]) Vgl. die Formulierungen bei Güthe-Triebel a.a.O.

§ 9.
Die Eintragung des Nutzungsrechts.

Das Nutzungsrecht wird gemäß § 10 Grdb.Vfg. (bisher § 11 AV.) eingetragen in der zweiten Abteilung, die für die Eintragung der auf dem Grundstück ruhenden Lasten und Beschränkungen mit Ausnahme der Hypotheken, Grund- und Rentenschulden bestimmt ist.

Wenn die Grundstücke im Miteigentum der Berechtigten oder in genossenschaftlichem (körperschaftlichem) Gesamteigentum stehen, kann eine selbständige Eintragung des Nutzungsrechts nicht in Frage kommen, denn das Recht zur Nutzung stellt in diesem Falle nur einen Ausfluß des Eigentumsrechts dar[20])[21]).

Eine Eintragung kann also nur erfolgen, wenn das Nutzungsrecht ein Recht an fremder Sache ist. Alsdann hat die Eintragung wie folgt zu geschehen[22]):

„Die — näher zu beschreibende — Nutzung an den Grundstücken steht den Eigentümern der Grundstücke Ktbl. ... Parz. ... usw. als untrennbarer Bestandteil zu";

für den Fall, daß die Bestandteilseigenschaft aufgehoben werden kann:

„eine Aufhebung der Eigenschaft als Bestandteil ist nur im Falle der Uebertragung auf ein anderes Haus in der Ortschaft zulässig";

oder:

„die Nutzungen an den belasteten Grundstücken stehen denjenigen Gemeindenutzungsberechtigten von N., für welche dieses Recht in den Sonderblättern eingetragen ist, zu den daraus ersichtlichen Anteilen zu."

„Die Anteile sind — frei vererblich und veräußerlich —, — nur an Ortsangehörige von N. vererblich und veräußerlich —."

Abgesehen davon, daß mit dieser Art der Eintragung der Vorschrift des § 47 GBO. (§ 48 a. F.) nicht Genüge geschehen ist[23]), bestehen gegen die Art der Eintragung des Nutzungsrechts keine grundbuchrechtlichen Bedenken. Gemäß dem bereits oben[24]) behandelten § 15 der Grdb Vfg. ist an und für sich zur Bezeichnung des Berechtigten die Angabe des Namens usw. des Berechtigten erforderlich. „Nötigenfalls", d. h. — wie sich § 4 der AV. ausgedrückt hat — soweit diese Angaben nicht tunlich oder nicht ausreichend sind, genügen jedoch andere, die Berechtigten deutlich kennzeichnenden Merkmale.

---

[20]) Vgl. Brandt, S. 133, Z. 80.

[21]) In diesem Falle werden die für die Belastungen des Grundstücks bestimmten Abteilungen des Grundbuchs zur Eintragung der Lasten und Beschränkungen benutzt, die sowohl auf dem Grundstück (z. B. Unteilbarkeit) als auch auf den einzelnen Anteilen (z. B. Nießbrauch Anordnung der Zwangsversteigerung) ruhen. Es empfiehlt sich, die Abteilungen in Unterabteilungen für Gesamtbelastungen und Belastungen der einzelnen Anteile zu gliedern (vgl. Güthe-Triebel, Anm. 30 zu Art. 22; das Formular III enthält für die Eintragung der Lasten, die auf dem ganzen Bergwerk lasten, ein besonderes Bestandsverzeichnis).

[22]) Vgl. die Formulierungen des Amtsgerichts in Sontra in seinem Gutachten S. 57 f., 70; auch Brandt, S. 132 Z. 73.

[23]) Vgl. oben S. 54.

[24]) Vgl. oben S. 55.

Mit Rücksicht auf die meist sehr große Zahl der Berechtigten kann angenommen werden, daß die Angabe der Namen usw. der einzelnen Berechtigten nicht tunlich im Sinne der Vorschrift ist. Merkmale, die die Berechtigten hinreichend bezeichnen, sind z. B. der oben gebrauchte Hinweis auf die Eintragungen des Rechts in den einzelnen Sonderblättern[25]).

Vielfach finden sich jedoch Eintragungen, daß das Nutzungsrecht den „Waldinteressenten" oder den „Gemeindenutzungsberechtigten" zustehe. Diese Art der Eintragung ist dann bedenkenfrei, wenn es sich bei diesen um eine Gemeinschaft im Sinne des Gesetzes vom 2. April 1887 handelt. Sonst wird in der Regel eine so allgemein gehaltene Bezeichnung nicht ausreichen, um eine hinreichend gewisse Angabe der Berechtigten darzustellen. Die Bezeichnung kann aber als ausreichend und daher nicht als unzulässig angesehen werden, wenn es sich bei den Berechtigten um die aus den Grundbüchern zu ermittelnden Eigentümer des Interessentenwaldes in einer Gemeinde handelt[26]).

II. Die Eintragungen in dem Grundbuch des Berechtigten[27]).

§ 10.

Die Eintragung des Eigentumsanteils[28]).

Wie oben ausgeführt worden ist[29]), werden die einzelnen Anteile der Berechtigten bei ihrer Eintragung als Miteigentümer in dem Grundbuchblatt des Grundstücks dargestellt. Eine nochmalige Eintragung des Rechts im Grundbuch des Berechtigten würde eine doppelte Eintragung ein und desselben Rechts bedeuten. Sie ist ebenso unzulässig wie die Doppelbuchung eines Grundstücks[30]). Auch praktische Bedenken bestehen gegen die Doppelbuchung, denn es besteht die Möglichkeit, daß der Berechtigte einander widersprechende Verfügungen über sein Anteilsrecht trifft. Der Unredlichkeit wäre damit Tür und Tor geöffnet. — Der Landgerichtspräsident in Cassel hat deshalb in der Verfügung vom 6. März 1886 (IV 1303) an die Grundbuchämter seines Bezirks zur Vereinheitlichung der Praxis eine dementsprechende Anordnung erlassen[31])[32]). — Das einzige

---

[25]) Vgl. Güthe-Triebel Anm. 17 zu § 4 AV.; Brandt, S. 132 Z. 74.

[26]) So das Kammergericht in 1 X 256/21 — Beschluß vom 4. 10. 1921 —, betr. die Eintragung der Berechtigten von Kleinenglis.

[27]) Vgl. Allgemeines bei Gierke, Theorie, S. 324 Anm. 3; Pr.R. I, 617, N. 23.

[28]) Ueber die Eintragung des Miteigentumsanteils in die Erbhöferolle vgl. oben S. 48.

[29]) Vgl. oben S. 56.

[30]) Vgl. Güthe-Triebel, Anm. 28 zu § 3.

[31]) Als praktischen Grund für seine Anordnung gibt der Landgerichtspräsident an, daß die Anteile, wenn sie auch im Grundbuch des Berechtigten eingetragen seien, regelmäßig an den Belastungen des übrigen Grundbesitzes teilnehmen, ohne daß dadurch die Sicherheit des Gläubigers erhöht wird.

[32]) Verfasser hat festgestellt, daß sich die Praxis des Grundbuchamts für den ländlichen Bezirk um Kassel nicht an diese Verfügung gehalten hat.

praktische Bedenken, welches gegen dieses Verfahren besteht, ist, daß sich auf die Dauer die Uebersichtlichkeit des Grundbuchs über das Grundstück schwerlich aufrecht erhalten lassen wird. — Diese Bedenken bestehen nicht im Falle des genossenschaftlichen oder körperschaftlichen Gesamteigentums, wo eine Benennung der Berechtigten mit den ihnen gehörigen Anteilen im Blatte des Grundstücks nicht erfolgt. In diesem Falle kann die Eintragung im Sonderblatt der Berechtigten in der im folgenden Paragraphen geschilderten Weise erfolgen.

Im Grundbuch des Berechtigten kann das Nutzungsrecht sonst nur eingetragen werden, wenn es sich um ein Recht an fremder Sache handelt.

§ 11.

Die Eintragung des unselbständigen Gemeindenutzungsrechts.

Da es sich bei dem unselbständigen Gemeindenutzungsrecht um ein subjektiv-dingliches Recht, d. i. ein mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenes Recht (auch Realrecht genannt)[33]) handelt, erfolgt seine, nach näherer Maßgabe des § 7 Grdb.Vfg. vorzunehmende Eintragung in dem (allgemeinen) Bestandsverzeichnis, da das Bestandsverzeichnis II nach der Neuregelung weggefallen ist. Die Eintragung, die — wie früher — nur auf Antrag vorgenommen wird (§ 9 GBO., früher § 8) lautet etwa wie folgt:

„1/X Anteil an der Gemeindsnutzung (s. Blatt Nr. .... dieses Grundbuchs) als untrennbarer Bestandteil“[34])[35]).

Eine Bezeichnung des Inhalts des Rechts ist nicht für erforderlich zu halten, meist auch nicht tunlich[36]).

Gemäß § 9 Abs. 3 GBO. ist die Eintragung des Vermerks auf dem Blatte des belasteten Grundstücks von amtswegen ersichtlich zu machen.

§ 12.

Die Eintragung des selbständigen Gemeindenutzungsrechts.

Aus den Erörterungen über die Rechtsnatur des selbständigen bürgerlichrechtlichen Gemeindenutzens[37]) ergibt sich die Art der Eintragung des Rechts in dem Grundbuch des Berechtigten. Sie erfolgt wie die Eintragung eines Grundstücks im Bestandsverzeichnis, also etwa wie folgt:

1/X Anteil an der Gemeindsnutzung (siehe Blatt .... Nr. ..... dieses Grundbuchs).

---

[33]) Vgl. hierzu Gierke, Pr.R. II, 84.

[34]) Vgl. § 96 BGB.

[35]) Unter der Herrschaft des pr. Grundbuchrechts wurde das Recht gemäß § 5 der pr. Grundbuchordnung in Abtlg. I bei dem Grundstück, an dem der Anteil haftet, vermerkt, also z. B.: Haus Nummer .... mit 1/X Anteil an der Gemeindsnutzung (siehe Art. Nr. .... dieses Grundbuchs) als untrennbares Zubehör. — Gegen diese Art der Buchung macht Bedenken geltend KGJ. 10, 319. Vgl. auch Brandt, S. 134 Z. 82 f.

[36]) Vgl. Brandt, S. 134 Z. 84.

[37]) Vgl. oben § 7.

4. Teil:
Der Rechtsschutz des Gemeindenutzungsrechts.

§ 13.

Geschichtliche Vorbemerkung. — Die Zulässigkeit des Rechtswegs oder des Verwaltungsstreitverfahrens.

Kurhessen verkörperte den Typus des Justizstaats, d. h. des Staates, in dem auch Verwaltungsakte durch ordentliche Gerichte auf ihre Rechtmäßigkeit geprüft werden konnten. Diese Nachprüfung bestand jedoch nicht auf dem Gebiete des Gemeindenutzungsrechts. Schon in kurhessischer Zeit war der Rechtsschutz des bürgerlich-rechtlichen und des öffentlichrechtlichen Gemeindenutzungsrechts verschieden geregelt. — Wenn sich die Berechtigung aus der Teilnahme an einer Genossenschaft ergab, also unzweifelhaft eine bürgerlichrechtliche Berechtigung vorlag, war der ordentliche Rechtsweg zum Rechtsschutz gegeben[1]). Soweit die den Gegenstand der Nutzung bildenden Grundstücke im Eigentum der Gemeinde standen, fragte es sich, ob allgemein die Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde (d. i. die Provinzialregierung) möglich war (§§ 93 I 1 e, 92 kurh. Gem.O.). Nach § 93 I 1e war es Sache der Aufsichtsbehörde, über die Beschwerden Einzelner über die Verletzung der ihnen „hinsichtlich des Gemeindeverbandes" zustehenden Rechte zu entscheiden. Das Oberappellationsgericht in Cassel hat durch Erkenntnis vom 23. April 1836 entschieden[2]), daß sich diese Entscheidungsmöglichkeit auf diejenigen Rechte beschränkt, die sich „unmittelbar" aus dem Gemeindeverbande ergeben. Soweit daher das Nutzungsrecht lediglich auf der Gemeindemitgliedschaft beruhte, war zu seinem Schutz die Aufsichtsbehörde berufen. Soweit die Berechtigung jedoch neben der Gemeindemitgliedschaft einen besonderen Rechtstitel zur Voraussetzung hatte, ergab sie sich nicht „unmittelbar" aus dem Gemeindeverband. Als ein „rein privatrechtliches Verhältnis" unterlag ein Streit über ein solches Teilnahmerecht lediglich der Kognition der ordentlichen Gerichte[3]).

Für den Rechtsschutz des bürgerlichrechtlichen Gemeindenutzungsrechts ist auch nach geltendem Recht der ordentliche Rechtsweg gegeben. Der Rechtsschutz des öffentlichrechtlichen Gemeindenutzungs-

---

[1]) Vgl. Heus. Ann. 14, 394.

[2]) Vgl. Str. 6, 317 ff.; auch Bähr, Kurh. M. S. 267.

[3]) Vgl. überhaupt die Abhandlung bei Str. 6, 290 ff., insbes. 317 ff., 323 ff., Sternberg, S. 117 f.

rechts wird im Verwaltungsstreitverfahren nach Maßgabe des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 und des Gesetzes über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. August 1883 gewährt[4]); in Kraft getreten in unserem Gebiet am 1. Juli 1886 (§ 119 der Kreisordnung vom 7. Juni 1885, GS. S. 193).

Nach allgemeinen Grundsätzen ist vor der Entscheidung in der Sache zu prüfen, ob die Klage in dem Verfahren — ordentlicher Rechtsweg oder Verwaltungsstreitverfahren — zulässig ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Frage der Zulässigkeit zu entscheiden nach dem materiellen Inhalt des Streites der Parteien, mag er auch erst durch die Einlassung des Beklagten bestimmt werden[5]). Entscheidend sind aber immer die klagbegründenden Behauptungen des Klägers[6]). Von dem Verhalten des Beklagten kann die Zulässigkeit des Verfahrens nicht abhängen[7]). Die Behauptungen des Klägers müssen jedoch schlüssig sein. Wenn der Kläger die Berechtigung lediglich als „Privatrecht" bezeichnet, ist damit die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs noch nicht dargetan[8]). Jedenfalls ist der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen, wenn es trotz dieser Bezeichnung offensichtlich ist, daß das beanspruchte Recht dem Bereich des öffentlichen Rechts angehört[9]). Keine schlüssige Darlegung für die Zulässigkeit des Rechtswegs stellt weiter die Behauptung dar, daß das Nutzungsrecht von jeher mit dem Besitz eines Hauses verbunden gewesen sei[10]). Dasselbe gilt von der Bezugnahme auf einen Separationsrezeß. Ist nämlich das Nutzungsrecht vor Abschluß des Rezesses öffentlichrechtlicher Natur gewesen, so hat es durch den Rezeß keine privatrechtliche Grundlage gewonnen. Denn der Zweck des Auseinandersetzungsverfahrens ist es nicht, neue Rechte zu schaffen, oder die Rechtsnatur der Rechte zu ändern, sondern nur durch Aenderungen des tatsächlichen Besitzstandes die Rechte der Beteiligten günstiger zu gestalten[11]). Ist jedoch zweifelhaft, ob eine bürgerlichrechtliche oder eine öffentlichrechtliche Berechtigung vorliegt, z. B. deshalb, weil bisher öffentlichrechtliche Verhältnisse durch einen Vergleich bürgerlichrechtlichen Charakter erhalten haben könnten, ist der Rechtsweg für zulässig zu halten[12]). Was insbesondere Feststellungsklagen der Gemeinden gegen Nutzungsberechtigte betrifft, so entbehrt die Behauptung, daß den Beklagten — die „Alteingesessenen", vertreten durch den Ortsrichter — in dieser ihrer Eigenschaft ein Nutzungsrecht nicht zustehe, der Schlüssigkeit zur Begründung der Zulässigkeit

---

[4]) Vgl. Gierke, Pr. R. I, 611.
[5]) Vgl. Gruch. 45, 1170; RG. 71, 423; 73, 159; 117, 236.
[6]) Vgl. Pr. VBl. 26, 432 (RG.); RG. 146, 244.
[7]) Vgl. Pr. VBl. 31, 94 (OVG.)
[8]) Vgl. Gruch. 45, 643; Pr. VBl. 27, 321; Seuff. A. 46, 125; RG. 150, 176; 244.
[9]) Vgl. RG. 51, 317; 71, 423; Gruch. 42, 1021; 45, 643.
[10]) Vgl. Seuff. A. 46 Nr. 125; auch oben S. 43.
[11]) So RG. 73, 159.
[12]) Vgl. Gruch. 45, 643; Pr. VBl. 27, 647 (RG.); RG. 51, 316.

des Rechtswegs[13]). Dagegen ist der Rechtsweg zulässig, wenn die Behauptung aufgestellt wird, daß den Beklagten ein „unentgeltliches dingliches Nutzungsrecht“ nicht zusteht[14]). — Das Verwaltungsstreitverfahren ist zulässig, wenn der Kläger behauptet, als Gemeindeangehöriger Anspruch auf Teilnahme an den Nutzungen des Gemeindevermögens zu haben[15]).

Gelangt der Richter zu der Ueberzeugung, daß das Recht auf der geltend gemachten Grundlage nicht besteht, ist die Klage als unbegründet, nicht als unzulässig abzuweisen[16]).

§ 14.

Der Rechtsschutz des öffentlichrechtlichen Gemeindenutzungsrechts.

Die Nutzung des Gemeindegliedervermögens richtet sich, worauf schon oben hingewiesen worden ist[17]), nach bisherigem Recht (§ 65 D.Gem.O.). Da die D.Gem.O. auch keine besonderen Vorschriften über den Rechtsschutz der Berechtigung enthält, richtet sich auch der Rechtsschutz nach bisherigem Recht, natürlich unter Berücksichtigung der neuen Organisation der Behörden. Nach St.O. § 55, LGO. § 41[18]) ist zum Schutz der Berechtigung der Einspruch gegeben[19]). Ueber den Einspruch entscheidet der Bürgermeister (D.Gem.O. §§ 32, 30). Gegen die Entscheidung des Bürgermeisters findet die Klage im Verwaltungsstreitverfahren statt. Die Frist zur Anstellung der Klage beträgt 2 Wochen (St.O. § 92, LGO. § 116). — Der Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren unterliegen auch die Streitigkeiten zwischen den Beteiligten über ihre Berechtigung oder Verpflichtung zu den Gemeindenutzungen. Die Gemeinde selbst ist nicht „Beteiligte“ im Sinne dieser Vorschrift. Zur Abwehr unberechtigter Nutzungsansprüche kann die Gemeinde, wenn es sich um öffentlichrechtliche Berechtigungen handelt, nur die Klage der Berechtigten herausfordern, indem sie beschließt, die in Anspruch genommenen Rechte nicht zu gewähren[20]).

Das Verwaltungsstreitverfahren soll das Recht des einzelnen Gemeindegliedes auf die Nutzungen am Gemeindegliedervermögen schützen[21]). Nach ständiger Rechtsprechung ist das Verfahren nicht

---

[13]) Vgl. RG. 117, 237.

[14]) Vgl. Gruch. 33, 440; RG. 73, 161.

[15]) Vgl. OVG. 68, 115.

[16]) Vgl. Gruch. 45, 641; Pr. VBl. 26, 431; 27, 648; 31, 94; OVG. 68, 115.

[17]) Seite 14 f.

[18]) Vgl. Zust. Ges. §§ 18, 34; St.O. § 93; LGO. § 118 und OVG. 49, 141.

[19]) Vgl. DGemO. §§ 29 f.

[20]) Vgl. RG. 73, 159; 117, 237; Gruch. 33, 442; die beiden letzten Entscheidungen betreffen Feststellungsklagen der Gemeinden gegen Nutzungsberechtigte; vgl. vorige Seite.

[21]) Ein Gemeindeangehöriger, der sich dadurch verletzt fühlt, daß Einnahmen aus dem Ortsvermögen nicht für Zwecke des Gemeindehaushalts verwendet werden, vermag sich des Verwaltungsstreitverfahrens nicht zu bedienen. Ihm steht nur die Beschwerde an die Kommunalaufsichtsbehörde zu (OVG. 56, 110 für hess. nass. Verhältnisse).

nur dann gegeben, wenn die Berechtigung zur Teilnahme an den Nutzungen und Erträgen streitig ist, sondern auch dann, wenn der Streit darum geht, ob gewisse Vorschriften, die die Benutzung erschweren, berechtigt sind[22]). Mit der Klage können Nebenansprüche, die den Berechtigten aus der Versagung der Nutzung erwachsen sind, wie Rückforderung des Einkaufsgeldes, Entschädigung für die Entziehung der Teilnahme, verbunden werden[23]). Sonst kann die Klage nur auf Zubilligung bestimmter Teile der Nutzung und Erträge an den Kläger gehen[24]). Die Klage ist nur solange zulässig, als die Verteilung der Nutzungen noch nicht stattgefunden hat. Hat die Verteilung bereits stattgefunden, so kann der Berechtigte nur die Klage gegen die Beteiligten durchführen, die, wenn sein Anspruch auf Teilnahme zu Recht besteht, auf seine Kosten zu viel erhalten haben[25]). Der Ausschluß Dritter von der Nutzung oder ihre Beschränkung kann durch die Klage nicht erreicht werden. Ebensowenig kann im Prozeßwege die Aufstellung von Grundsätzen für die Verwaltung des Vermögens oder die Verwendungen der Nutzungen erreicht werden. Hierfür ist nur die Kommunalaufsichtsbeschwerde gegeben[26]).

Das Recht der einzelnen Berechtigten unter sich ist grundsätzlich ein völlig gleiches, soweit nicht das bestehende Recht eine Abweichung gestattet[27]). Die einzelnen Berechtigten besitzen, wie bereits in dem Abschnitt über „Entstehung und Untergang des Gemeindenutzungsrechts“[28]) ausgeführt worden ist, das Recht aber nur kraft einseitig erklärten Korporationswillens. Soweit die Nutzung nicht durch Herkommen oder Statut geregelt ist, hat die Gemeinde das Recht, den Mitgliedern Voraussetzung und Art der Benutzung vorzuschreiben[29]). Durch Satzung (Ortsstatut)[30]) kann für die Teilnahme an den Nutzungen die Entrichtung eines Einkaufsgelds anstatt oder neben einer jährlichen Abgabe eingeführt werden. Das Einkaufsgeld fließt in die Gemeindekasse[31]). Bestehende Berechtigungen dürfen damit allerdings nicht belastet werden (St.O. § 58, LGO. § 42)[32]). Bei der Festsetzung des Einkaufsgeldes darf die Gemeinde nicht willkürlich verfahren. Im Gesetz ist ausdrücklich bestimmt, daß das Einkaufsgeld im angemessenen Verhältnis zu dem Werte der Nutzungen stehen muß. Gebühren, die in diesen Vorschriften keine Stütze finden, dürfen nicht eingeführt werden, so z. B. nicht eine monatliche Entschädigung

---

22) Vgl. OVG. 38, 58; 80, 48.

23) Vgl. OVG. 27, 105 (108).

24) Vgl. OVG. 49, 141.

25) Vgl. Pr. VBl. 31, 95; auch Pr. VBl. 48, 500, wenn es sich um vertretbare Sachen handelt.

26) Vgl. OVG. 49, 141.

27) Vgl. OVG. 21, 126; Gierke, Theorie S. 230; Pr. R. I, 609 ff.

28) Oben S. 31 ff.

29) Vgl. OVG. 21, 128; 24, 93 (für kurh. Recht); 45, 171 (dto.), 69, 136 (Losholzberechtigung in Heff.-Naff.); Pr. VBl. 24, 87.

30) Nicht durch einfachen Gemeindebeschluß (Pr. VBl. 33, 234).

31) Vgl. OVG. 71, 132.

32) Vgl. Pr. VBl. 34, 278 (für heff.-naff. Recht); 35, 914.

für die Erlaubnis der Nutzung als „mäßiges Entgelt" hierfür[33]). Das Einkaufsgeld unterliegt den Vorschriften des Kommunalabgabengesetzes vom 14. Juli 1893 (GS. S. 152) (St.O. § 59, LGO. § 45). Ist der Anspruch auf seine Entrichtung verjährt, kann die Teilnahme an der Nutzung nicht mehr von seiner Zahlung abhängig gemacht werden[34]).

Im übrigen ist hier auf die früheren Ausführungen über Entstehung und Untergang des öffentlichrechtlichen Gemeindenutzungsrechts[35]) zu verweisen. Dort ist dargelegt, daß die Gemeinde die Berechtigung zum Erlöschen bringen kann, indem sie das Gemeindegliedervermögen in Ortsvermögen umwandelt. Das Recht hierzu besteht seit Erlaß des Pr. Gem.Fin.Ges. (§ 70) auch, wenn es sich um Gemeindegliederklassenvermögen handelt.

Nach alledem ist das Recht des Einzelnen zwar gegen ungleichmäßige Behandlung seitens der Gemeindebehörde und gegen unzulässige Beschränkungen geschützt, nicht aber gegen eine allgemeine Aufhebung. Selbstverständlich steht im Falle einer Umwandlung dem Berechtigten die Anrufung der Aufsichtsbehörde (Kommunalaufsichtsbeschwerde) offen. Erfolg wird diese Beschwerde meist nicht haben, da die Aufsichtsbehörde diese wegen der mit der Umwandlung verbundenen finanziellen Vorteile für die Gemeinde begünstigen wird.

§ 15.

Der Rechtsschutz des bürgerlichrechtlichen Gemeindenutzungsrechts.

Der Rechtsschutz des bürgerlichrechtlichen Gemeindenutzungsrechts wird von den ordentlichen Gerichten gewährt[36]). Hinsichtlich des Umfanges des Rechtsschutzes ist zu unterscheiden, ob es sich um ein freies Privatnutzungsrecht oder um ein mitgliedschaftliches Sondernutzungsrecht im Sinne Otto Gierkes handelt[37]).

Soweit das Recht ein freies Privatnutzungsrecht ist, steht der Berechtigte der Gemeinde wie ein Dritter gegenüber, der ein ebenfalls im bürgerlichen Recht begründetes Recht geltend macht. Die Gemeinde ist nicht imstande, die Berechtigung durch Beschluß in ihrer Existenz oder in ihrer Ausübung zu beeinflussen[38]). Gegen Beeinträchtigungen irgend welcher Art steht dem Berechtigten der Rechtsweg unbeschränkt offen[39]). Beschränkungen wie nach § 36 der bayrischen Gemeindeordnung vom 29. April 1869, wonach der Rechts-

---

[33]) Vgl. Pr. VBl. 33, 233.

[34]) Vgl. Pr. VBl. 27, 854.

[35]) Vgl. oben S. 50 ff.

[36]) Wenn es sich um eine durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründete Gemeinschaft handelt, für die nach dem Gesetz vom 2. 4. 1887, oben S. 14, eine Vertretung bestellt ist, findet der Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren nach den hierfür geltenden Vorschriften (oben § 13) statt (vgl. § 6 d. Ges.; OVG. 44, 62).

[37]) Vgl. oben S. 30.

[38]) Vgl. Gierke, Theorie S. 229; Pr. R. I 611 f.

[39]) Vgl. Gierke, Theorie S. 234.

weg erst nach erfolglosem Sühneversuch vor der Verwaltungsbehörde zulässig ist[40]), bestehen in unserm Gebiete nicht.

Der Rechtsschutz der Berechtigung ist jedoch wesentlich beschränkter, wenn ein mitgliedschaftliches Sondernutzungsrecht in Frage steht. Bei diesen Rechten entspricht es ihrem Wesen, daß die Gemeinde in gewissem Umfang Macht über sie hat[41]). „Ueber dem Recht des Einzelnen steht hiernach des Recht des Ganzen, aus welchem — wie aus einem Sammelteich — der Einzelne erst sein Recht ableitet, welches aber auch deshalb das Recht des Einzelnen in einem gewissen Maße beherrscht" — Worte, die heute geschrieben sein könnten, die aber in einer gutachtlichen Aeußerung des Oberappellationsgerichts in Cassel aus dem Jahre 1866 stehen[42]). Der Umfang der Machtsphäre der Gesamtheit ist in erster Linie von dem gesetzten oder ungesetzten Recht der Genossenschaft abhängig[43]). Sollte sich hieraus eine Richtlinie für die Entscheidung nicht ergeben, so gilt der in Lehre und Rechtsprechung aufgestellte Rechtsgrundsatz, daß die Berechtigung hinsichtlich ihrer Ausübung dem Beschluß der Genossenschaft unterworfen, hinsichtlich der Substanz dem Beschluß entrückt ist. Recht zur Einwirkung auf die Substanz hat die Genossenschaft nur dann, wenn es ihr Gesetz oder Gewohnheit gewähren. Das Recht des Einzelnen ist ferner insofern geschützt, als ungleichmäßige Behandlung der einzelnen Genossen nicht statthaft ist[44]).

Im einzelnen ist ein Mehrheitsbeschluß für rechtswirksam zu halten, durch den Art, Zeit und Maß der Nutzung verändert werden[45]). In das Verhältnis der Nutzungsrechte zu einander kann der Beschluß jedoch nicht eingreifen, ebenfalls nicht in das Verhältnis der Nutzungen zu dem Recht der Gesamtheit[46]). — Jedoch ist ein Mehrheitsbeschluß einer Weidegenossenschaft gültig, der wegen der wirtschaftlichen Notwendigkeit die Benutzungsweise der Weide abändert, selbst wenn dadurch die Stückzahl des aufzutreibenden Viehs herabgesetzt wird[47]). Auch wenn das Recht des Einzelnen auf Lieferung von Bauholz durch Mehrheitsbeschluß in ein Recht auf den Anteil am Erlös des zu verkaufenden Holzes umgewandelt wird, kann der Einzelne hiergegen nicht widersprechen[48]). — Ungültig ist dagegen ein Statut einer Gemeinde, durch das die Pfändung der Nutzungsanteile untersagt wird. Es handelt sich hier nicht um einen Eingriff in die Art und Weise der Ausübung des Nutzungsrechts, sondern um die Entziehung der freien Verfügungsmacht über seinen Ertrag., denn

---

[40]) Vgl. Gierke, Theorie S. 234 Anm. 3.

[41]) Vgl. Gierke, Theorie S. 225; Pr. R. I, 607; Renaud, S. 99; Heus. Ann. 7, 629; 10, 665.

[42]) Vgl. Heus. Ann. 14, 396.

[43]) Vgl. Gierke, a.a.O.

[44]) Vgl. Heus. Ann. 14, 398 = Seuff. A. 21 Nr. 202 (Oberappellationsgericht Cassel).

[45]) Vgl. Seuff. A. 13 Nr. 124.

[46]) Vgl. Seuff. A. 33 Nr. 281.

[47]) Vgl. Seuff. A. 18 Nr. 3 (Cassel), 33, Nr. 281, 35 Nr. 95.

[48]) Vgl. die in Anm. 44 erwähnte Entscheidung.

das Recht zur freien Verfügung enthält auch das Recht, die Abpfändung der Berechtigung dulden zu können. Es liegt also ein Eingriff in die Substanz vor[49]). Dieser Eingriff erfordert Einstimmigkeit der Berechtigten.

Schließlich sei bemerkt, daß der Rechtsweg nur gegeben ist zum Schutze der einzelnen Berechtigungen gegenüber der Genossenschaft, nicht aber bei Streitigkeiten aus „dem Körperschaftsnexus eingeordneten Beziehungen" (Gierke), z. B. bei Streitigkeiten der Berechtigten untereinander. In diesem Falle ist nur der Rechtsschutz durch die Organe der Genossenschaft gegeben[50]).

---

[49]) Vgl. RG. 2, 162; weiter Heus. Ann. 28, 404.

[50]) Vgl. Gierke, Theorie S. 234; Pr. R. I, 607, 617.

Lebenslauf.

Ich, Heinrich, genannt Heinz Oeding, wurde am 26. August 1905 als Sohn des Kaufmanns Marx Florian Oeding und seiner Frau Grete, geb. Rexrodt, in Wanfried a. d. Werra geboren.

Ich habe die Volksschule in Wanfried und dann die Friedrich-Wilhelm-Schule (Gymnasium mit Realschule) in Eschwege, zunächst bis Obersekunda einschließlich besucht. Vom 1. April 1921 bis 31. März 1924 war ich kaufmännischer Lehrling in einer Stein- und Offsetdruckerei. Während dieser Zeit habe ich mich durch Selbstunterricht auf die Reifeprüfung vorbereitet. Von Juni 1924 an besuchte ich nach einer Aufnahmeprüfung die Oberprima der Friedrich-Wilhelm-Schule in Eschwege. Am 18. Februar 1925 bestand ich die Reifeprüfung.

Sodann habe ich 8 Semester an den Universitäten Marburg/Lahn und Kiel Rechts- und Staatswissenschaften studiert. Am 12. März 1929 bestand ich vor dem Prüfungsamt des Oberlandesgerichts in Kassel die erste Staatsprüfung. Danach war ich in Kassel als Referendar beschäftigt. Die Große Staatsprüfung bestand ich vor dem Juristischen Landesprüfungsamt in Berlin am 30. November 1932.

Nach dreimonatlicher Tätigkeit als kommissarischer Bürgermeister der Gemeinde Wolfsanger (Landkreis Kassel) bin ich seit dem 15. Mai 1933 als Rechtsanwalt beim Amts- und Landgericht in Kassel zugelassen.